[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

Kopenhagen.

[illegible]

[illegible]

1857.

Das
Güterrecht der Ehegatten

im Gebiete des Jütschen Lovs.

Von

Dr. C. F. E. von Stemann,
Präsident des Schleswigschen Appellationsgerichts, Kammerherr,
Großkreuz des Dannebrogordens.

Kopenhagen.
Im Verlage der Gyldendalschen Buchhandlung (F. Hegel).
Thieles Buchdruckerei.
1857.

Vorrede.

Es ist wohl kaum ein anderer Abschnitt des im Herzogthum Schleswig geltenden Rechts, dessen Untersuchung ein solches sowohl wissenschaftliches als praktisches Interesse hätte, als das eheliche Güterrecht im Gebiete des Jütschen Lovs. In ersterer Beziehung ist es besonders hervorzuheben, daß bei diesem Rechtsverhältnisse und dem mit demselben in genauer Verbindung stehenden Erbrechte die Bestimmungen jenes alten Landrechts fast vollständig noch zur Anwendung kommen, so daß es zunächst und vorzugsweise auf die Erklärung und Entwickelung dieser Bestimmungen ankommt. Von ganz besonderer Wichtigkeit dabei ist die Vergleichung unseres, für das damalige Jütische Rechtsgebiet (Nord- und Süd-Jütland, Fühnen, Samsöe, Langeland, Alsen und Aerröe) erlassenen Gesetzbuches mit den Rechtsbüchern der beiden anderen dänischen Rechtsgebiete, des Schonischen und Seeländischen. Wenn gleich über dem Verhältnisse dieser verschiedenen Gesetzbücher, sowohl in Betreff der Zeit ihrer Abfassung als der ihnen zum Grunde liegenden Quellen im Einzelnen manches Dunkel schwebt, so ist doch der genaue Zusammenhang derselben aus äußeren und inneren Gründen unzweifelhaft und die Uebereinstimmung,

namentlich was das eheliche Güterrecht betrifft, in den wichtigsten Grundsätzen liegt klar vor. In Betreff des Zeitverhältnisses aber ist es nach den neueren Untersuchungen, insbesondere von Larsen in seiner vortrefflichen, leider unvollendeten, Abhandlung: „Bidrag til de gamle danske Provindsialretsbøgers Historie" in Jur. Tidskr. XIII, XIV und XV (vgl. darüber Paulsen in der krit. Zeitschr. f. Rechtsw. und Gesetzg. des Auslandes Bd. 1 und jetzt i s. ges. kl. Schr. II. 279—306), ferner von Schlegel, Rosenvinge und zuletzt von Thorsen in den Vorreden zu den Ausgaben jener Gesetzbücher, als ausgemacht anzusehen, daß das Schonische Gesetzbuch das älteste, schon vor Valdemar I. als Privatsammlung verfaßt und unter Valdemar II. bestätigt, daß das ältere Seeländische Gesetzbuch auch in seiner gegenwärtigen Gestalt gleichfalls schon aus Valdemars I. Zeit und das nach einem Könige Erich benannte Seeländische Gesetzbuch jünger als jenes, aber älter als das Jütsche Lov ist, und zugleich ist es mehr als wahrscheinlich, daß zwar jene Gesetzbücher, auch das Schonische, nicht directe als Quellen bei dem Jütschen Lov benutzt sind, daß ihnen aber gemeinschaftliche ältere Quellen, geschriebene und ungeschriebene, zum Grunde liegen. Die Benutzung jener anderen Gesetzbücher, mit welchen noch die lateinische Bearbeitung des Schonischen Gesetzbuchs von Erzbischof Andreas Sunesen und der zum Gebrauche in Schonen verfaßte Auszug aus Valdemars Seeländischem Gesetzbuche, das s. g. Arvebog, zu verbinden sind, zur Erklärung und Ergänzung des Jütschen Lovs ist aber hier um so wichtiger und erfolgreicher, weil sie gerade über diese Materie so manche genaue und ausführliche Bestimmungen enthalten. Mit großem Erfolge hat denn auch eine gegenseitige Be-

nutzung jener alten Gesetzbücher schon bei den früheren Bearbeitungen dieser Lehre stattgefunden, insbesondere von Kofod Ancher in seiner für die innere Geschichte des Dänischen Rechts überhaupt so bedeutenden Abhandlung „om de gamle danske Loves fornemmeste Grundsætninger" (im 2ten Bande seiner von Schlegel und Nyerup herausgegebenen „samlede juridiske Skrifter"), von Rosenvinge in seinem ausgezeichneten „Grundrids af den danske Retshistorie" (Kjøbenhavn 1832) so wie in den Vorreden und Anmerkungen zu seiner „Samling af gamle Danske Love", und zum Theil auch von Paulsen in seiner „historisch-dogmatischen Darstellung der Güterverhältnisse der Ehegatten nach Jütschem Lov und den demselben verwandten Stadtrechten" (im 2ten Bande des staatsbürg. Magazins und jetzt im 2ten Bande seiner ges. kl. Schriften), bei welcher es nur zu bedauern ist, daß er sich nicht später zu einer Umarbeitung dieser verdienstlichen Abhandlung entschlossen hat.

Die neuere Gesetzgebung enthält nur wenige unseren Gegenstand directe betreffende Bestimmungen, wenn gleich die Verordnungen über das Vormünderwesen, die Erbgüter u. a. m., auf die Normirung dieser Verhältnisse in mancher Beziehung abändernd eingewirkt haben. Die gegenwärtige Gestaltung derselben beruht daher zum großen Theile auf Gewohnheitsrecht und Praxis, auf welche denn auch die vielseitige wissenschaftliche Behandlung dieser Lehre in der neueren Zeit von nicht geringem Einflusse gewesen ist. Für die frühere Zeit ist für uns von besonderer Wichtigkeit Blüting, theils in seinen Glossen zum Jütschen Lov, theils in seinem Tractate über das Erbgangsrecht, aus welchem deshalb die besonders hierher gehörenden Capitel im Anhange abgedruckt sind, und die Benutzung

der alten Gerichtsprotocolle, aus welchen in meiner Schrift: „Schleswigs Recht und Gerichtsverfassung im 17ten Jahrhundert" manche auch diesen Gegenstand betreffende Auszüge mitgetheilt sind. Aus neuerer Zeit sind besonders die Ausführungen von Falk im 4ten Bande seines auch für das Schleswigsche Recht und dessen Geschichte so wichtigen Handbuchs, von Esmarch in seinem Erbrechte und von Krieger in seinem „Familie- og Arveret" hervorzuheben. Daneben ist für die Praxis die in den Schleswig-Holsteinischen Anzeigen enthaltene Sammlung von Rechtsfällen und Entscheidungen von großer Wichtigkeit.

Inhalt.

Einleitung.

Erster Abschnitt.

Das Gemeingut.

Zweiter Abschnitt.

Das Sondergut.

Dritter Abschnitt.

Die Schulden.

Vierter Abschnitt.

Modificationen und anomale Verhältnisse.

Fünfter Abschnitt.

Die fortgesetzte Gütergemeinschaft.

Sechster Abschnitt.

Die Theilung.

Siebenter Abschnitt.

Die Wiederverheirathung und die Stiefkinder.

Achter Abschnitt.

Testamente.

Neunter Abschnitt.

Anhang.

Einleitung.

§ 1.

Historische Einleitung.

So wie überhaupt in der Geschichte der nordischen und der deutschen Rechte sich eine große Uebereinstimmung zeigt, so tritt dieselbe auch namentlich in der historischen Entwickelung der ehelichen Güterrechte in den älteren Rechtsquellen unverkennbar hervor [1]). —

In der älteren Zeit, da dem weiblichen Geschlechte überall kein oder doch nur ein sehr beschränktes Erbrecht zustand, konnte regelmäßig von einem Vermögen, welches die Frau dem Manne zugebracht hätte, nicht die Rede sein. Der Kaufpreis, welchen er für sie erlegte [2]), die Morgengabe und die Mitgift fielen nach Auflösung der Ehe ihr zu. Seitdem aber den Frauen Erbrecht ertheilt war [3]) und nun auch häufiger von ihrer Seite Vermögen in die Ehe gebracht oder während dieser erworben

---

1) Vergl. Paulsen im staatsb. Mag. II 311 ff. Ges. kl. Schr. II 3 ff. Falk Hdb. IV § 70. Ancher saml. Skr. II 348 ff. Rosenvinge Retshist. I 157 ff. Eichhorn St. u. R. Gesch. I § 54, 62b, II § 369 ff., III § 451. Hasse in Zeitschr. f. gesch. Rechtsw. IV 64 ff. Philips D. Privatr. II § 126—128. Maurenbrecher II § 521 ff. Gerber 5te Aufl. S. 540 ff. Runde ehel. Güterr. § 11—14, 22, 23.

2) Mundr, Schlegel zu Ancher a. a. O. S. 200 ff. Anm. Rosenvinge S. 152 Anm. a.

3) Ancher I 16 ff.

ward, blieb dieses anfangs dem Rechte nach von dem des Mannes getrennt, wenn sie gleich während der Ehe vermöge der ehelichen und hausherrlichen Gewalt des Mannes von jeder Dispositionsbefugniß ausgeschlossen war. Es ward indessen bald üblich, durch Verträge das Vermögensverhältniß zu bestimmen und dabei führte die Gemeinschaftlichkeit des ehelichen Lebens von selbst dahin, auch eine Gemeinschaftlichkeit und Einheit des Vermögens zu stiften, wozu jedoch wegen des der Familie an dem Erbgute zustehenden Rechts die Einwilligung der nächsten Erben erforderlich war. Dieses vertragsmäßige Güterverhältniß ward so gewöhnlich, daß es als das regelmäßige angesehen ward und daher schon frühe, wenn nichts durch Vertrag festgesetzt war, stillschweigend und gesetzlich eintrat, entweder gleich mit Eingehung der Ehe oder nachdem diese eine gewisse Zeit gedauert hatte. Es war aber von dieser Vermögensgemeinschaft aus dem bereits angegebenen Grunde das beiderseitige Erbgut ausgenommen, dieses mochte schon bei Eingehung der Ehe vorhanden sein oder erst während derselben erworben werden, und wahrscheinlich trat diese Gütergemeinschaft anfangs nicht ein, wenn nur der eine Ehegatte Vermögen besaß.

Daß die gesetzliche Gütergemeinschaft durch Gewohnheitsrecht aus der vertragsmäßigen hervorgegangen ist [4]), liegt in den vorhandenen Rechtsquellen klar vor. So heißt es in der Isländischen Graugans [5]) bei der Ehescheidung, es solle Zeugschaft abgelegt werden, daß Gütergemeinschaft zwischen ihnen gestiftet, wenn solches der Fall, und auf welche Weise es geschehen sei; wenn aber keine Gütergemeinschaft eingegangen wäre oder dergestalt, daß sie im Falle der Scheidung wieder aufgehoben sein solle, dann sollen 5 Bonden aussprechen, wie viel von dem Vermögen der Frau während der Ehe ver-

---

[4]) Falk IV 412.

[5]) Vergl. Finsen, den islandske Familieret i Gragas, in Annal. f. nord. Oldkyndigh. 1849 S. 242 ff.

braucht sei [6]); ferner in dem Capitel von der Gütergemeinschaft der Ehegatten (of hiona felag, Eherecht 22): „Die beiden Ehegatten mögen Gütergemeinschaft stiften, wenn sie wollen und ihre Vermögensverhältnisse gleicher Art sind (ef meþ þeim er jafnmæli); der Vertrag behält Gültigkeit, so lange die Zeugen leben, wenn aber diese verstorben sind, dann legt das Gesetz ihre Güter zusammen (leggia løg fe þeirra saman), wenn der Mann bei Eingehung der Ehe eine Mark oder mehr Vermögen besessen und sie wenigstens drei Winter mit einander gelebt haben; waren sie anfangs arm und erwarben Vermögen, dann legt das Gesetz ihre Güter zusammen. Es trat mithin schon gesetzlich Gütergemeinschaft ein bei unvermögenden Ehegatten in Betreff des während der Ehe erworbenen Vermögens, sonst nach dreijähriger Dauer der Ehe. Eine ähnliche Bestimmung enthält das Norwegische frostethingslov XIII. 8, „wenn die Ehe zwölf Monate bestanden hat, da lægger Loven deres Gods sammen; werden aber unvermögende Leute verheirathet und erwerben Vermögen, so tritt gleichfalls Gemeinschaft ein." Das alte Gulatingsgesetz im Eherecht Cap. 3 sagt, die Ehegatten dürfen keine Gemeinschaft unter sich stiften ohne die Einwilligung ihrer nächsten Erben, haben sie aber Kinder, dann können sie es beliebig thun (da maa de lægge fællig ligesom de ville). — Falk äußerte in seinem Handbuch IV. 446, „bei dem im Jütschen Lov I. 13 § 2 erwähnten Falle scheine vorausgesetzt zu sein, daß jede gesetzliche eheliche Gütergemeinschaft dadurch bedingt sei, daß jeder Ehegatte Vermögen besitze und damit einen Beitrag zur Gütergemeinschaft gebe, wonach denn derselbe Grundsatz nicht bloß in dem speciell hervorgehobenen, sondern in jedem anderen Falle, wo nur der eine Ehegatte Vermögen besitze, Anwendung finden würde." Diese Vermuthung findet in obiger Bestimmung der Graugans eine Bestätigung, indem darnach wirklich vorausgesetzt ward, daß

[6]) Eherecht Cap. 17, bei Schlegel I 330.

jeder Ehegatte Vermögen besaß, wenn auch nur eine Mark. Auf eine solche ältere Regel scheint auch das Schonische Gesetzbuch I 7 noch hinzudeuten (ok hafær annæt thεræ enæ Mark ok annæt hundræthæ Mark), wenn gleich dort damit wohl nur gesagt werden soll, daß es nicht darauf ankomme, wie viel oder wie wenig der eine oder der andere Ehegatte in die Ehe eingebracht habe [7]). Durch Vertrag konnte die Gütergemeinschaft auf verschiedene Weise bestimmt werden, wie schon aus dem oben angeführten Cap. 17 des Eherechts der Graugans hervorgeht (hverso scilt var fyrir felagi þeirra), sowohl in Betreff ihres Gegenstandes und Umfanges, als insbesondere auch in Betreff des Verhältnisses, nach welchem das Gemeingut demnächst getheilt werden sollte. War aber nichts über die Gütergemeinschaft vereinbart und diese trat nach dem Gesetze ein, dann geschah dieses dergestalt, daß dem Manne $\frac{2}{3}$ und der Frau $\frac{1}{3}$ zufielen [8]), daher auch die Ehegatten, wenn nichts über das Güterverhältniß abgemacht war, nach demselben Verhältnisse zu der Ausstattung der Töchter und zu der Alimentation der Kinder und anderer Verwandten verpflichtet waren, so wie umgekehrt auch die Kinder beerbten und Bußen für sie erhoben [9]), dagegen im Falle der vertragsmäßigen Gütergemeinschaft nach dem vereinbarten Verhältnisse. Dasselbe Theilungsverhältniß bestimmt das frostethingslov a. a. O. (da have han de to Parter og hun den tredie baade i Land og Løsøre.)

Die vertragsmäßige Regelung des Güterverhältnisses wird aber bei jenen alten Gesetzbüchern als das regelmäßige vorausgesetzt und die gesetzliche Gütergemeinschaft trat nur noch ausnahmsweise ein. In den neueren dänischen Gesetzbüchern

---

7) Ancher II 367.

8) Eherecht Cap. 22 Oc sua leggia lög fe hiona saman jafnan, at hann a II aura, enhon þriþiung.

9) Armenrecht Cap. 3; Eherecht Cap. 23: Ef þau hafa eigi lagt fe sitt saman, wo bei Schlegel in der lateinischen Uebersetzung die Negation ausgelassen ist.

dagegen, dem Schonischen, Seeländischen und Jütischen ist es umgekehrt. Hier erscheint die gesetzliche Gütergemeinschaft als die regelmäßig eintretende, welche jedoch durch Verträge modificirt, erweitert oder ausgeschlossen werden kann [10]). Aus diesen Gesetzbüchern ergiebt sich zugleich, daß früher auch die Kinder als Theilnehmer oder Mitglieder der zwischen den Eltern bestehenden Gütergemeinschaft angesehen wurden, welches im Seeländischen Gesetze noch völlig und zum Theil auch im Schonischen sich anerkannt findet, wogegen das Jütsche Lov den Kindern bei Lebzeiten beider Eltern keinen Antheil an dem Gemeingute zugesteht [11]).

---

§ 2.

Die Seeländischen Gesetzbücher.

In den Seeländischen Gesetzbüchern, sowohl dem älteren (Waldemars) als dem neueren (Erichs) und dem mit ersterem fast wörtlich übereinstimmenden Arvebog liegt die Mitberechtigung der Kinder an dem Gemeingute der Eltern und die Unterscheidung dieser den Kindern zustehenden Theilnahme an der Gemeinschaft von ihrem Erbrechte an dem Sondergute und dem Nachlaß des Vaters oder der Mutter unzweifelhaft vor. Es wird dort dem mündigen Sohne ausdrücklich das Recht beigelegt, wenn er sich verheirathen und aus der Gemeinschaft mit Vater und Mutter heraustreten will, seinen Kopftheil von allem beweglichen Gute und dem Kauflande zu fordern, und ebenso der verheiratheten Tochter ihren halben Theil [12]).

---

10) J. L. I 6 § 6 ok ær thet lagh i fælik mæth them; I 13, 17, 20, 30 § 2.

11) Rosenvinge Einl. zu s. Ausg. von E. S. L. S. XXX, Retshist. I 169 ff. Ancher II 353 ff., 358 ff. Larsen in jur. Tidskr. XIII 261 ff. Paulsen ges. Schr. II 286 ff.

12) E. S. L. I 7. Worthær Søn swa gamæl innæn fathærs flæt ok Mothærs, at han kombær til Aldær ok til Wit, ok wil sik frughæ bitiæ ok wil with sit eghæt wæræ, tha ma han affaræ mæth sin Hovæthlot

Ebenso muß der Vater auch, wenn der Sohn ins Kloster gehen will, diesem seinen Kopftheil von dem Gemeingute mitgeben (hans Hovæthlot i Køpæiorth ok i allæ fæmunæ)[13]; wollen dagegen die Eltern ins Kloster gehen, so müssen sie vorher mit den bis dahin nicht abgetheilten Kindern Alles auftheilen, sowohl das Gemeingut als ihr Sondergut, und nur ihre Kopftheile dürfen sie mit sich ins Kloster nehmen und, wenn sie krank und schwach sich in dasselbe begeben, nur die Hälfte[14]). — Verheirathet aber Sohn oder Tochter sich ohne von der Gemeinschaft abgetheilt zu werden (innæn flæt) und das Güterverhältniß wird nicht ausdrücklich auf andere Weise bestimmt (ok worthær æy annæt fælugh lauh, ulaugh fælugh), so werden nach einjähriger Dauer der Ehe auch Schwiegertochter uud Schwiegersohn als Mitglieder der Gemeinschaft betrachtet und nehmen nach Kopftheilen an dem Gemeingute Theil, und zwar auch die Schwiegertochter und die Tochter von dem Anfang der Ehe an, als Ehefrauen, nach Sohnestheilen (tha gar hun æm fullælikh til Hovæthlot sum Sonnæn .. with allæ the thær i thæt fæleg æræ .. forthy at hun takær tha Husfrolot ok æy Dotær). Will der Vater dieses nicht, so muß er gleich vor Gericht erklären, welchen Antheil sie in der Gemeinschaft haben (um the hafthæ laugh fælugh mæth hannum[15]) .., horæ

---

i allæ fæmumæ ok i køpæiorth ... ok the hans Dotær thær Man havær fangæt, tha ma hun ok takæ sin Hovæthlot ut .. æy meræ æn half lot.

W. S. L. I 1 § 1 ok af giftæs Sun ællær Dotær ællær bathe, livendæ fathær ok Mothær, tha faræ the af Bo, Sun mæth ful lot ok Dotær mæth half lot. Arveb. 1.

13) W. S. L. I 14. Arveb. 52

14) E. S. L. I 31. W. S. L. I 4—6 That fallæ vi Mans Hovæt lot ok fruænnæ, ær the havæ theræ barn ful lot affkif. Arveb. 39—42.

15) Ueber diesen Ausdruck „at lægge fællig", welcher in den Seeländischen und Schonischen Gesetzen die vertragsmäßige Bestimmung des Güterverhältnisses bezeichnet, vgl. Ancher II 362 ff. Rosenvinge Retshist. I 239, 241.

mykæt the aghæ i fælugh mæth hanum), dann findet kein Arvebed Statt und von dem Kauflande erhalten sie nur nach Verhältniß ihres Antheils; oder auch er muß ihr eingebrachtes Vermögen schätzen lassen (at han takær thæræ fæ til Wirning), dann erhalten sie demnächst nur dieses zurück ohne Theilnahme an Gewinn oder Verlust der Gemeinschaft (tha ehwat hældær sum Bo worthær bætræ ællær wærræ, tha fa the ykky meræ æn the waræ intaknæ mæth i Wirning ok æy minnæ). Hatten auf jene Weise Sohn oder Tochter sich in der Gemeinschaft verheirathet, da nahmen ferner auch ihre Kinder Theil an dieser Gemeinschaft zwischen ihren Großeltern und Eltern, auch neben anderen Söhnen und Töchtern (ok allæ the børn the fa innæn flætz, the gangæ til Hovæthlotæ) [16]), obgleich im Erbrechte die Enkel nach dem älteren Seeländischen Gesetzbuche noch nicht, wie nach dem neueren, mit Kindern ersten Grades concurrirten [17]). Wenn ein Mitglied der Gemeinschaft starb, so dauerte diese unter den nachbleibenden Mitgliedern unverändert fort und es ward dadurch in Beziehung auf das Gemeingut kein Erbfall herbeigeführt, auch dann nicht, wenn Vater oder Mutter starb, indem auch dann die Gütergemeinschaft fortbestand und eine wirklich fortgesetzte Gemeinschaft Statt fand. So wie die mündigen Kinder schon bei Lebzeiten ihrer Eltern ihren Antheil vom Gemeingute herausfordern konnten, so auch nach dem Tode des einen von ihnen und es ist daher von dem Rechte der Kinder, nach dem Tode der Mutter ihren Theil zu fordern, in Beziehung auf das Gemeingut nicht besonders die Rede, wie überall auch von einer Beerbung nur in Beziehung auf das Sondergut [18]). Im Falle der Wiederverheirathung

---

16) E. S. L. I 10, 11. W. S. L. I 2. Arveb. 30. Vergl. W. S. L. I 1 § 6, Arveb. 8.

17) Vergl. W. S. L. I 1 § 8, 16 und Arveb. 13, 54 mit E. S. L. I 9, 15. Schlegel zu Ancher II 375. Rosenvinge Einl. zu s. Ausg. von E. S. L. XXXIX.

18) E. S. L. I 12. W. S. L. I 3. Arveb. 38, wo aber einige Zeilen fehlen, vergl. Ancher II 384 Anm.

des Wittwers oder der Wittwe vor geschehener Abtheilung der Kinder tritt, wenn das Güterverhältniß nicht ausdrücklich bestimmt wird, nach einjähriger Dauer der Ehe, eine Gütergemeinschaft zwischen den Eheleuten und jenen Kindern und Stiefkindern ein, wie mit gemeinschaftlichen Kindern, auf ähnliche Weise, wie es in Betreff der Schwiegerkinder oben angegeben ist (tha agæ the allæ til Hovæthlot at gangæ) [19]. In allen solchen Fällen einer erweiterten Gemeinschaft, sei es durch Verheirathung eines Kindes oder durch Wiederverheirathung des längst lebenden Ehegatten und des damit folgenden Hinzutritts des Schwiegersohnes oder der Schwiegertochter, des Stiefvaters oder der Stiefmutter zu der bisherigen Gemeinschaft, entsteht insofern ein neues Gemeinschaftsverhältniß, als der Bestand des Gemeingutes nach dem Zeitpunkte jenes Ereignisses bestimmt wird. So wie daher einerseits das bis dahin vorhandene Kaufland in Beziehung auf die neuen Gemeinschaftsmitglieder nicht zum Gemeingute gehört, sondern Sondergut der bisherigen Mitglieder wird, so geht umgekehrt das von diesen bis dahin geerbte bewegliche Gut jetzt in das Gemeingut über [20]. Uebrigens kommen auch bei einer solchen erweiterten Gemeinschaft ganz dieselben Regeln zur Anwendung, wie bei der ursprünglichen einfachen, namentlich auch in der Beziehung, daß der Tod eines Mitgliedes keinen Erbfall hinsichtlich des Gemeingutes zur Folge hat, vielmehr dessen Antheil an diesem in der Gemeinschaft bleibt und diese unter den übrigen Mitgliedern unverändert fortbesteht, so wie auch in Betreff des Rechts der verschiedenen Kinder, die Abtheilung zu verlangen [21]. Auf Fälle einer solchen erweiterten Gemeinschaft bezieht es sich, wenn in E. S. L. I 3.

---

[19]) E. S. L. I 4, 25. W. S. L. I 1 § 12, I 2. Arveb. 18, 32—34.

[20]) E. S. L. I 6 the Iorth thær køpt warth sithæn the kamæ samæn, 10 iorth thær køpt warth, sithæn Sonnæn fik sin konæn, 11 of the sithæn worth køpt thær hun warth husfro, 12. W. S. L. I 1 § 12, 15, I 2. Arveb. 18, 23, 39.

[21]) E. S. L. I 5, 6, 25.

bei kinderloser Ehe vorausgesetzt wird, daß neben den Eheleuten andere Mitglieder der Gemeinschaft sein können (um the æræ æy meræ æn tu i fælægh sammæn). — Bisher ist nur von dem Falle die Rede gewesen, daß alle Kinder unabgetheilt in der Gemeinschaft mit den Eltern geblieben waren. Durch die Abtheilung ward das abgetheilte Kind von der Gemeinschaft völlig ausgeschieden, wogegen ihm seine Erbrechte vorbehalten blieben; unter den zurückbleibenden Mitgliedern der Gemeinschaft aber bestand diese unverändert fort. Starb dann eins dieser Gemeinschaftsgenossen, nach welchem das abgetheilte Kind ein Erbrecht hatte, dann mußte wegen dieses außerhalb der Gemeinschaft befindlichen Miterben (Utarving) der Antheil des Verstorbenen an dem Gemeingute ermittelt und nebst seinem Sondergute unter seine sämmtlichen Erben, sowohl die in als außerhalb der Gemeinschaft befindlichen, vertheilt werden (Utarving reiser den Dødes Lod)[22], so wenn der Vater oder die Mutter starb und theils abgetheilte, theils unabgetheilte Kinder hinterließ, oder wenn ein Kind aus der ersten Ehe der Mutter oder nach dem Tode des Vaters eines seiner Kinder in der Gemeinschaft starb[23]. Wenn dagegen ein nicht abgetheiltes Kind bei Lebzeiten seines Vaters starb, so trat überall eine eigentliche Beerbung nicht ein, sondern der Antheil des verstorbenen Kindes blieb in der Gemeinschaft und es ward so angesehen, als wenn es keinen Theil an dem Gemeingute gehabt hätte; auch die abgetheilten Voll- oder Halbgeschwister konnten keinen Anspruch auf einen Erbtheil machen, denn nach einem in Gemeinschaft mit seinem Vater gestorbenen Kinde kann überall kein Erbe gefordert werden (innæn fathærs flæt ma æy Arv risæ af hans Børn)[24]. Das

---

22) Ancher II 382.

23) E. S. L. I 5, 6, 13, 26. W. S. L. I 1 § 16, I 3, 6, 7, 8, 9. Arveb. 24, 38, 45, 46.

24) E. S. L. I 5, 14 tha ær Ræt um thæs Arf sum thæt waræ æy i fæmunæ mæth them allæ thær i fælughæræ. W. S. L. I 1 § 3 ængin utarvæ ærvis nokæt Barn inæn fathers flæt, § 13, I 7. Arveb. 3, 21, 35.

abgetheilte Kind aber wird nicht allein vom Vater beerbt, sondern zugleich mit diesem von den Geschwistern, sowohl Halb- als Vollgeschwistern, abgetheilten und nicht abgetheilten [25]).

---

§ 3.

Das Schonische Gesetzbuch.

Auch im Schonischen Gesetzbuche liegt offenbar die Theilnahme der Kinder an der Gütergemeinschaft der Eltern zum Grunde und manche der angegebenen Bestimmungen der Seeländischen Gesetzbücher, welche jene Theilnahme voraussetzen oder als Folgen derselben angesehen werden müssen, finden sich dort fast ebenso. Jedoch ist ihr nicht dieselbe Wirksamkeit beigelegt, wie in jenen Gesetzbüchern, vielmehr treten die mehrsten Folgen erst bei der Aufhebung der ehelichen Gütergemeinschaft in Bezug auf die Theilung des Gemeingutes ein. In Betreff des Eintretens ins Kloster enthält das Schonische Gesetz II. 10, 12 dieselbe Bestimmung wie die Seeländischen, daß der Vater nur sein „Hovedlod" mit sich nehmen darf und dieses wird als ein Kopftheil nach der Zahl der Kinder angegeben; jedoch kann hierauf in Beziehung auf unsere Frage weniger Gewicht gelegt werden, weil jene Bestimmung theils auch das Erbland umfaßt, theils mit den Bestimmungen über Seelengaben und andere Vergabungen in Verbindung gesetzt ist, wobei nicht so sehr das Recht der Kinder, als vielmehr die Entfremdung des Vermögens aus der Familie überhaupt in Betracht kommt. Indessen werden die Kinder dabei in der lateinischen Bearbeitung des Schonischen Gesetzes von Anders Sunesen ausdrücklich als communium bonorum consortes bezeichnet [26]). So wie hier den Kindern eine Theilnahme an

---

[25]) E. S. L. I 17. Hwat the æræ hældær Samfusken ællær æy. W. S. L. I 1 § 3 æm væl the innæn sitiæ fathærs flæt, som the ær uthæn æræ, § 13, 17. Arveb. 4, 20, 25.

[26]) cap. 15 Ipsum vero contingens portio nominatur, quae, divisione facta inter ipsum et filios et filias et alios, si qui fuerunt commu-

dem Gemeinvermögen bei Lebzeiten der Eltern zugestanden wird, so finden sich auch in Betreff der Schwiegerkinder und Stiefkinder im Schonischen Gesetze I. 5 und 6 ähnliche Bestimmungen, wie im Seeländischen, und zwar ohne daß die einjährige Dauer der Ehe vorausgesetzt wird. Verheirathet nämlich der Sohn sich und führt seine Frau ein zum Vater (i Bo mæth fathur), ohne daß das Güterverhältniß ausdrücklich bestimmt wird (ok lægs æy fælægh thera imællin), dann erhalten die Kinder aus dieser Ehe, wenn ihr Vater vor dem Großvater stirbt, jedes ein volles Loos von dem Kauflande und beweglichen Gute, obgleich sonst die Enkel nach II. 5 im Erbrechte von den Kindern ersten Grades ausgeschlossen werden [27]). Wenn ferner nach dem Tode der Mutter der Vater sich wieder verheirathet und führt die Frau ins Gut mit sich und den Kindern, ohne daß ihr Güterverhältniß ausdrücklich festgesetzt wird (ok lægs hænnæ fæ æi i fælægh), so erhält nach dem Tode des Mannes die Stiefmutter von dem Gemeingute einen Kopftheil im Verhältniß zu den Kindern, ebenso ist es mit dem Stiefvater [28]). In beiden Fällen, sowohl der Schwiegerkinder als der Stiefkinder, gelten auch in Betreff

---

nium bonorum consortes, sibi soli competere comprobatur. Vergl. dazu Rosenvinge Anm. 2.

[27]) And. Sunesen cap. 3. Filii familias in sacris paternis cum uxore constituti, sisine definitione certae quantitatis bonis patris addiderit bona, quae ipse habuit cum uxore, quot cunque fuerint filii de communi snbstantia, etiam praediorum post contractas nuptias comparatorum cumavo et aliis consortibus post obitum patris viriles et aequales accipiunt portiones, per priorem gradum ab aliis praediis excludendi, vergl. Cap. 14. Deficientibus primi gradus liberis admittuntus neptes et nepotes.

[28]) And. Sunesen cap. 4. Patrifamilias, non habenti filios vel habenti, si mulier nupserit et ad eum cum liberis vel sine liberis cum bonis suis transierit, si non fuerit determinatum, quae portio quemque contingat, quantum cunque dispar fuerit bonorum collatio, pares tamen partes omnes, cum a communione recesserint, optinebunt.

des Gegenstandes einer solchen erweiterten Gütergemeinschaft dieselben Regeln, wie sie oben nach den Seeländischen Gesetzbüchern angegeben sind, so daß namentlich nur das nach Eingehung der Ehe erworbene Land als Kaufland in das Gemeinvermögen fällt (praediorum post contractas nuptias comparatorum —, immobilia a tempore nuptiarum pretio comparata). Auch in Betreff des Erbrechts der abgetheilten Kinder galt wohl nach dem Schonischen Gesetze im Allgemeinen dasselbe, wie nach den Seeländischen Gesetzbüchern, doch scheint nach jenem der Stiefvater bevorzugt gewesen zu sein, so daß seine Stiefkinder keinen Anspruch auf den Antheil der Mutter am Gemeingute machen konnten[29]. Dagegen tritt nach dem Schonischen Gesetzbuch nicht allein nach dem Tode eines unabgetheilten Kindes überall kein Erbfall ein, sondern auch das abgetheilte Kind wird allein vom Vater beerbt, mit Ausschließung der Voll- und Halbgeschwister[30]. Das Wichtigste aber ist, daß dieses Gesetzbuch den Kindern nicht das Recht, Abtheilung mit einem Kopftheile bei Lebzeiten des Vaters zu verlangen, zugesteht, sondern es dem Vater überläßt, wenn sie aus der Gemeinschaft scheiden wollen, was er ihnen geben will, auch dann wenn der Sohn ins Kloster geht[31]. Wenn

---

[29]) Sk. L. I 21 Dør Bondæ ok ær Utarfæ til sua at Bondæns ær Barn ok kunu hans Stypbarn ællær i fælaghe ællær utæn, tha resær that thæn døthæ lot allum hans børnum til skiftis, æn sua ær æi a kuinnæ half. And. Sunesen cap. 11 und dazu Rosenvinge Anm. 13. Vgl. W. S. L. I 7, Arveb. 45. Ancher II 382 ff.

[30]) Sk. L. I 20. Dør Barn i fælægh mæth fathær ok Mothær, tha ær til alz Rætæ theræ imellin sum ænkti varæ. II. 7.

And. Sunesen cap. 11. Patre superstite defunctus filius samilias nullum habet, acsi nunquam fuisset genitus, succesorem. Emancipato sine posteritate defuncto solus pater succedit, exclusis fratribus, tam emancipatis, quamin potestate patris constitutis, quam ex matre tantum conjunctis.

[31]) Sk. L. I 17. Viliæ børn skilies fran fathær .. gifi børnum hvat han vil at sæ lifændæ ok mer mughe the æi kræfue hanum lifændæ, II. 11. — And. Sunesen cap. 10 nec cogendus est pater emancipato aliquid de suis bonis supra suae volun-

indessen auch dadurch der Theilnahme der Kinder an der Gütergemeinschaft die wichtigste Wirkung entzogen wird, so steht es doch nicht gerade mit den übrigen Bestimmungen, welche eine solche Theilnahme voraussetzen, in Widerspruch [32]), indem es mit der Theilnahme der Kinder an der Gemeinschaft sehr wohl vereinbar ist, daß sie nicht willkührlich ihren Antheil herausverlangen können. Auch möchte es zu bezweifeln sein, ob darin, daß Anders Sunesen, welcher übrigens in der Hauptsache mit dem Schonischen Gesetzbuche übereinstimmt, statt der vom Sohne verlangten Ausscheidung eine vom Vater beschlossene Emancipation voraussetzt, mit Schlegel [33]) eine Antinomie zu finden und diese durch die Annahme zu lösen sei, daß Sunesen die ältere Strenge der väterlichen Gewalt zum Grunde lege, das Schonische Gesetz dagegen die Beschränkungen der späteren Zeit enthalte. Es findet eher das umgekehrte Verhältniß Statt. Das Gesetzbuch nämlich spricht den Kindern ganz allgemein das Recht ab, bei Lebzeiten des Vaters die Abtheilung mit einem bestimmten Vermögenstheile zu verlangen, ohne zu unterscheiden, ob die Mutter bereits gestorben ist oder nicht, und es enthält überall auch nicht eine Bestimmung, wie das Jütsche Lov I. 7, daß die mündigen Söhne und die verheiratheten Töchter eine solche Abtheilung nach dem Tode der Mutter verlangen können. Man muß daher ein solches Recht der Kinder, welches ihnen auch nach mehreren Stadtrechten nicht zustand [34]), um so mehr bezweifeln, als die oben angeführte Bestimmung in Betreff der Stiefkinder (s. Anm. 29) damit kaum vereinbar sein würde. Anders Sunesen dagegen unterscheidet ausdrücklich die Abtheilung der Kinder von dem ganzen Vermögen und die Abfindung

---

tatis beneplacitum assignare; nec de bonis maternis quicquam filium post mortem matris contingentibus contra voluntatem filii retenturus.

[32]) Rosenvinge Retshist. I 170 Anm. i.

[33]) zu Ancher II 206.

[34]) Rosenvinge a. O. Anm. k.

mit dem, was ihnen durch den Tod der Mutter zugefallen ist, und hebt die Verpflichtung des Vaters zu der letzteren hervor, wobei denn jenes schon mehr als ein eigentlicher Erbtheil der Kinder nach der Mutter erscheint.

---

§ 4.

Das Jütsche Lov.

Vergleichen wir nun mit den angegebenen Bestimmungen der Seeländischen und Schonischen Gesetzbücher das Jütsche Lov, so finden wir auch hier manche unverkennbare Spuren der Theilnahme der Kinder an der zwischen den Eltern bestehenden ehelichen Gütergemeinschaft und verschiedene Bestimmungen, welche nur unter Voraussetzung einer solchen Theilnahme erklärbar scheinen, weshalb noch Falk[35]) dieselbe und zwar als noch jetzt bestehend annahm. So ist im J. L. I. 9 von dem Kinde die Rede, welches „in Gemeinschaft" (i fælikh) mit Vater und Mutter stirbt; im Cap. 12 und 13 wird unterschieden, ob der Sohn sich in oder außerhalb der Gemeinschaft (ut af fælægh — i fælægh) verheirathet, und in jenem Falle wird vorausgesetzt, daß auch die Schwiegertochter in die Gemeinschaft aufgenommen werden kann (of vorthær hans Kunæ Gods æy lagh i fælægh); im Cap. 15 heißt es, das Kind sei nach dem Tode der Eltern näher dazu sich zu der Gemeinschaft, als die Miterben ihn von derselben zu beweisen (Barn ær e nærmær at vitæ sik i fælæg æn the at vitnæ thæt fra); endlich ist in zwei Fällen von der Ausmittelung des Kopftheils, Hovedlod, der Kinder bei Lebzeiten der Eltern die Rede, nämlich theils I 24 im Falle der Aufhebung der Ehe wegen vorher begangenen Ehebruchs (tha gøres Børnæ Hovæthloth), theils II. 97, 100, 101 bei Vergehen der Kinder (tha gørs Suns Hovæthlot at gialdæ Bondæn sin Ræt og Kunung

---

35) Abh. aus d. Anz. IV 561.

sin Ræt —; æn hvilk ællær af fælægh thær fæld warthær, gialdæ sin Hovæthlot ok æi meræ). In II. 65 und III. 44 ist zwar auch von dem „Bondæ Sun i fælægh mæth sin fathær" in Beziehung auf Bürgschaften und Veräußerungen die Rede, indessen kan dieses hier auch auf das Verhältniß nach dem Tode der Mutter, ehe die Auftheilung geschehen ist, bezogen werden. Wenn nun gleich die angeführten Stellen eine Theilnahme der Kinder an der Gütergemeinschaft der Eltern vorauszusetzen scheinen, so gelangt man doch bei einer Zusammenhaltung und Vergleichung mit dem übrigen Inhalte des Jütschen Lovs zu dem Resultate, daß zwar jene Ausdrücke und Bestimmungen auf einer solchen in älterer Zeit auch in diesem Rechtsgebiete angenommenen Theilnahme der Kinder beruhen und darin ihren historischen Grund haben, wie ja auch manche andere Folgen derselben fortwährend beigeblieben sind, namentlich die Theilung des überlebenden Ehegatten mit den Kindern nach Kopftheilen, daß aber schon das Jütsche Lov den Kindern eine solche Theilnahme nicht zugesteht. In diesem Gesetzbuche wird nicht allein, wie auch im Schonischen, den Kindern das Recht abgesprochen bei Lebzeiten beider Eltern einen Theil des Vermögens zu verlangen, es vielmehr völlig von der Willkühr des Vaters abhängig gemacht, ob und was er ihnen geben will (fathær tharf ækki sælæ sit Barn i Hand mæthæn han livær ok Mothær)[36], sondern es wird ausdrücklich ausgesprochen, daß die Kinder bei Lebzeiten der Eltern überall keinen Antheil an dem Vermögen haben (I 13. Hafækki Lot mæthæn hans fathær ok Mother lifthæ). Wenn daher ein Kind bei ihrer beider Lebzeiten stirbt, so ist es stets als wäre es nie geboren, es wird nicht unterschieden zwischen abgetheilten und nicht abgetheilten Kindern (I. 9. tha ær thæt swa sum thæt aldrig war føđ); auch nach dem Tode der Mutter beerbt der Vater das Kind allein mit Ausschließung der Geschwister, ohne daß

[36]) I 14 vergl. Rosenvinge in s. Ausg. Anm. 1 und 2. Paulsen im staatsb. Mag. II 348 ff. Anm. 1. (ges. Schr. II 42).

es einen Unterschied macht, ob es bereits mit dem mütterlichen Erbe abgefunden war oder nicht (hvat hældær skift fra fathær æt æi, tho thæt havær Syskæn, tha arvær fathær alt ænæ). Wenn es nun danach unzweifelhaft ist, daß keine bei Lebzeiten beider Eltern irgend wirksame Theilnahme der Kinder an der zwischen den Eltern bestehenden Gütergemeinschaft Statt findet, so wäre doch die Annahme möglich, daß bei der Aufhebung derselben und der dann eintretenden Theilung eine solche Theilnahme als schon während der Ehe vorhanden gewesen vorausgesetzt würde, welche man denn etwa mit Ancher[37]) als eine negative bezeichnen könnte, indem sie nur darin bestände, daß das Kind nicht abgetheilt sei und daher an dem gemeinsamen Gebrauch des Vermögens Theil nehme und bei der Auftheilung desselben einen Kopftheil erhalte. Es müßte dann aber jene Theilnahme jedenfalls bei der durch den Tod eines der Eltern erfolgten Aufhebung der Gemeinschaft sich darin äußern, daß die den Kindern jetzt zufallenden Theile des Vermögens nicht als Erbtheile nach dem Verstorbenen, sondern als die ihnen aus der Gemeinschaft vermöge ihrer bisher nur ruhenden Rechte von derselben gebührenden Antheile angesehen würden, indem widrigenfalls von einer auch nur fingirten Theilnahme überall nicht die Rede sein könnte. Die Wichtigkeit der Unterscheidug zwischen eigentlicher Erbnehmung und Theilung einer Communion hat nie verkannt werden können und es ist in dieser Beziehung bereits von Anderen auf die verschiedenen Ausdrücke aufmerksam gemacht worden, mit welchen das Jütsche Lov I. 6 Dasjenige, was der Ehemann nach der verstorbenen Ehefrau erbe und das, was er als Theilnehmer an der Gütergemeinschaft herausnehme (arve — tage)[38]) bezeichnet. Auf dieses Argument möchte nun zwar kein großes Gewicht zu legen sein, da der Ausdruck „at tage" im Jütschen Lov auch sonst ganz gleichbedeutend und abwechselnd mit „erben" gebraucht wird,

---

[37]) II 349 ff. und dazu Schlegel, 358 ff.

[38]) Paulsen a. a. O. S. 581 (48).

z. B. I. 4 von den Enkeln und von Geschwistern, und ganz allgemein im 5ten Capitel, wie das gleichfalls in Erichs Seeländischem Gesetzbuche der Fall ist, z. B. I. 1 von den Erben des Mannes und der Frau, I. 9, 15 von Enkeln, I. 12 gradezu von dem, was der Mann von dem Sondergute der Frau erbt, und ganz allgemein I. 16, ferner abwechselnd I. 17, und ebenso im Schonischen Gesetzbuche I. 23, 25; II. 5-8, worauf auch der in allen diesen Gesetzbüchern häufig vorkommende Ausdruck „at tage Arv" hindeutet. Wenn man aber das Jütische Lov mit dem Seeländischen Gesetzbuche vergleicht, so ist die Verschiedenheit unverkennbar. In letzterem ist nach dem Tode eines der Eltern, wenn keine abgetheilte Kinder vorhanden sind, welche als Utarving einen wirklichen Erbfall veranlassen, nur in Beziehung auf das Sondergut, nicht auf das Gemeingut von einer Beerbung die Rede, ebensowenig von dem Rechte der Kinder, ihren Theil von letzterem zu fordern, aus dem einfachen Grunde, weil ein solcher Todesfall in Betreff des Gemeingutes überall keine weitere Veränderung hervorbrachte, als daß ein Mitglied der Gemeinschaft ausfiel, so daß diese unter den nachbleibenden unverändert fortbestand und die Kinder nach wie vor die Abtheilung mit einem „Hovedlod" verlangen konnten; es wird ausdrücklich auch der Unterschied zwischen der Auftheilung des Gemeingutes und der Erbtheilung in Betreff des Erblandes hervorgehoben [39]. Im Jütischen Lov dagegen finden wir beides zusammengestellt und es ist in Betreff des den Kindern nach dem Tode eines der Eltern Zufallenden immer von Erbe die Rede, es wird als Väterliches oder Mütterliches bezeichnet, welches die mündigen Kinder jetzt herausfordern können [40], nirgends aber als ein zufolge einer Communion ihnen zukommender Antheil oder auch mit dem Ausdrucke „Hovedlod", welcher gerade für einen solchen einem Mitgliede der Gemeinschaft nach der Personenzahl an dem Gemeingute während des Bestehens derselben zustehenden

[39]) E. S. L. I 21, 26.

[40]) I 7 § 1, 8 § 2, 12, 15.

und bei der Auftheilung herauszunehmenden Antheil stets gebraucht wird und in dieser Bedeutung auch im Jütschen Lov vorkommt [41]. In Verbindung damit steht die verschiedene Behandlung der Collationspflicht der Kinder in jenen beiden Gesetzbüchern. In dem Seeländischen nämlich stellt sich in Betreff der aus der Gemeinschaft ausgeschiedenen Kinder in Beziehung auf das Gemeingut die Frage nur dahin, ob sie ihre vollen Antheile von demselben erhalten haben, oder etwa zu viel oder zu wenig [42], wogegen von einem Einbringen, einer eigentlichen Collation, nur in Beziehung auf das Sondergut die Rede ist. Im Jütschen Lov dagegen (I. 15) wird auch in dieser Beziehung beides auf gleiche Weise behandelt und, wenn hier das Kind unter Verzichtleistung auf sein Erbrecht Alles, was es an beweglichem Gute vom Vater erhalten hat, behalten darf und eine Ausgleichung von den Miterben nicht verlangt werden kann, so ist auch darin ausgesprochen, daß die Kinder bei Lebzeiten der Eltern überall keinen Antheil am Gemeingute haben. Die Bestimmung des Jütschen Lovs (I. 14) aber, daß, was der Vater dem einen Kinde gegeben habe, er auch dem anderen nicht verweigern könne, findet sich in Erichs Gesetzbuch (I. 7) nur in Betreff des Erblandes, angeknüpft an die aus dem Gemeinschaftsrechte folgende Befugniß jedes Kindes, seinen Kopftheil von dem übrigen Vermögen zu verlangen. Deshalb aber kann auch daraus, daß Erichs Gesetz jenes nur in Betreff des Landes vorschreibt, kein Grund für die Meinung hergenommen werden, daß auch jene Bestimmung des Jütschen Lovs auf Land zu beschränken sei. [42a]. — Auch die Verschiedenheit in Betreff des Kauflandes dient zur Bestätigung jener Annahme. Nach beiden Gesetzbüchern gehört

---

[41]) J. L. I 24 § 3, 39 § 3; II 90, 97 § 6, 7, 100 § 2, 101, 108 § 2, 115 § 3; III 45, 67 § 2. Sk. L. II 10, 12, 13. And. Sunesen cap. 15, s. o. Anm. 26. E. S. L. I 4—7, 10, 12, 13, 19, 25, 31, 32, 34, 40, 43, 45; III 52. Vergl. Ancher II 352 Anm., 362.

[42]) E. S. L. I 20, 34.

[42a]) Paulsen im staatsb. Mag. II 348 ff. (42 ff.). Lehrb. § 134 Anm. 7. Vergl. Falk V 16.

das Kaufland zum Gemeingute und es können daher nach dem Seeländischen (I. 6, 7) die Kinder bei ihrer Ausscheidung aus der Gemeinschaft auch ihren Antheil von jenem verlangen; nach dem Jütischen dagegen (I. 6 § 3, 7) behält der Vater das Kaufland und erst nach seinem Tode erben die Kinder dasselbe, woraus gleichfalls hervorgeht, daß ihnen nicht schon früher Antheile daran zustanden. — Jenem verschiedenen Princip ist es auch angemessen, daß nach dem Jütschen Lov I. 6 § 6, 13, 20 die Stiefkinder und Schwiegerkinder nicht, wie nach den andern Gesetzbüchern, gesetzlich, sondern nur durch ausdrückliche Aufnahme in die Gemeinschaft (at lægge i fællig)[43]) Mitglieder derselben werden. Daß aber die Stiefkinder mit dem ihnen nach dem verstorbenen parens zugefallenen Erbtheil und die Schwiegerkinder mit ihrem Vermögen in die Gemeinschaft aufgenommen werden und statt dieses Eingebrachten einen Antheil an dem dadurch vermehrten Gemeingute erhalten können, steht mit jenem Princip nicht in Widerstreit. Wenn dagegen im Jütschen Lov von gemeinschaftlichen Kindern in oder außerhalb der Gemeinschaft mit den Eltern gesprochen wird, so heißt das hier nichts mehr, als daß sie noch in der Eltern Haus und Brod[44]), oder daß sie wegen ihres dereinstigen Erbtheils im voraus abgefunden sind oder nicht, der Ausdruck aber ist von dem älteren Princip beibehalten. Die im J. L. I. 24 und II. 100, 101 enthaltenen Bestimmungen aber erklären sich um so leichter, da sie solche singuläre Fälle betreffen, in welchen es ausnahmsweise als nothwendig erschien, schon bei Lebzeiten der Eltern einen bestimmten Vermögenstheil der Kinder zu ermitteln. Bei der ersten Stelle liegt der besondere Fall zum Grunde, wo die aus einer gesetzlich ungültigen Ehe erzeugten Kinder als eheliche (adthel-

---

[43]) Im Schon. und Seel. Gesetzb. hat dieser Ausdruck die entgegengesetzte Bedeutung, s. o. Anm. 15; er bezeichnet überhaupt die vertragsmäßige Bestimmung des Verhältnisses zur Gemeinschaft, daher dort, wo diese gesetzlich eintrat, die Ausschließung, hier das Eintreten derselben.

[44]) Vdg. 22de Decbr. 1786 § 4.

kunæbørn) angesehen werden. Die zuletzt angeführten Stellen aber enthalten eine Einschränkung der dem Vater obliegenden Verantwortlichkeit für die Vergehen der Kinder, wie eine Vergleichung mit Erichs S. G. I. 45 ergiebt. Danach nämlich haftete der Vater unbedingt für die Vergehen seines Sohnes, er konnte sich aber von dieser Haft dadurch befreien, daß er den Sohn mit seinem Antheile an dem Gemeingute abtheilte; dann haftete der Vater nicht weiter für spätere Vergehen des Sohnes, womit auch das Schonische Gesetzbuch I. 17, 18 übereinstimmt.

Aus den bisherigen Ausführungen wird es als unzweifelhaft angesehen werden können, daß im Jütischen Lov den Kindern eine Theilnahme an der zwischen den Eltern bestehenden Gütergemeinschaft nicht zugestanden ist und sie nicht als Mitglieder derselben betrachtet werden. Entschieden verhält sich dieses aber auch ebenso nach der neueren Gesetzgebung und Praxis, indem Alles, was den Kindern nach dem Tode des Vaters oder der Mutter, nicht allein von dem Sondergute des Verstorbenen, sondern auch von dem bisherigen Gemeingute zufällt, als väterliches oder mütterliches Erbe bezeichnet und behandelt, daher auch namentlich der Erbschaftsteuer unterzogen wird [45]).

---

§ 5.

Begriff und Wesen der Gütergemeinschaft.

Auf die Gestaltung und Ausbildung des Güterrechts der Ehegatten sind hauptsächlich zwei Verhältnisse von wesentlichem Einflusse gewesen, das eine besonders auf den Umfang der Gemeinschaft, das andere auf die Befugnisse der Ehegatten während der Ehe, nämlich theils das Recht der Familie

---

[45]) Vormünder-Vrdg. vom 19 März 1742 § 1, 4. Resolution 9 März 1754. Rescr. 20 Febr. 1764, 3 Juni 1773. Vrdg. 8 Febr. 1810 § 4a vergl. mit Pat. 24 April 1811 § 2.

in Betreff des Grundeigenthums [46]), theils die eheliche Vormundschaft oder Ehevogtschaft des Ehemannes, und wenn gleich diese Verhältnisse im Laufe der Zeit bedeutende Veränderungen erlitten haben, so sind doch die Wirkungen derselben in dieser Beziehung der Hauptsache nach stehen geblieben. Jenes Recht der Familie stand dem Uebergange des Grundeigenthums in die Gütergemeinschaft entgegen. So wie ohne Einwilligung der nächsten Erben nicht durch Vertrag Eigenthums- oder Erbrechte daran ertheilt werden konnten, so war es auch von der gesetzlichen Gütergemeinschaft ausgeschlossen, es ward daher diese nur eine particulaire. Vermöge der Ehevogtschaft dagegen gingen alle Dispositionsrechte der Frau auf den Mann über; ihr steht während der Ehe überall keine Disposition zu, weder in Betreff des gemeinsamen Vermögens noch ihres Sondergutes, als etwa soweit die ihrer Fürsorge überlassenen Angelegenheiten des eigentlichen inneren Haushalts mit sich führen. Dagegen kann sie keine Dispositionshandlung des Ehemannes anfechten, selbst nicht wenn solche ihr Sondergut betrifft [47]), indem ihr auch deshalb höchstens nach Aufhebung der Ehe Entschädigungsansprüche zustehen, wenn keine Noth vorhanden gewesen war, in Betreff des Gemeingutes aber auch derartige Ansprüche nicht erhoben werden können. Es liegt nun allerdings wegen dieser der Frau völlig entzogenen und dem Manne allein zustehenden Dispositionsbefugniß die Annahme sehr nahe, daß er alleiniger Eigenthümer des Gemeingutes und alleiniges Rechtssubject in Betreff desselben sei, und diese Behauptung hat auch theils in weiterem Umfange, theils in besonderer Beziehung auf das Gebiet des

---

46) Die Annahme eines ehemaligen Gesammteigenthums zur Erklärung dieses Rechts der Familie, vergl. Dunker Gesammteigenthum S. 115 ff., ist auch unserer Gesetzgebung nicht fremd, s. z. B. Vrdg. 23 Novbr. 1798.

47) Sk. L. I 8 tha star thæt, forethy at hun ma æi feræ um hans Gerningæ emæthæn han lifær ..; 9. foræthy at han var tha hænnæ væriændæ; 15. **And. Sunesen cap. 5: stabit alienatio, per uxorem, cui non convenit de viro suo conqueri, nullatenus infirmanda.**

Jütschen Lovs sowohl nach den älteren nordischen Rechtsbüchern, als nach der neueren Gesetzgebung Sarauw durchzuführen versucht [48]). Indem er davon ausging, daß „das Mundium des Ehemannes und der gemeinschaftliche Haushalt die Gründe des Güterrechts während der Ehe gewesen wären, welche zwar keine Gleichstellung der Rechte der Ehegatten, aber doch eine Verschmelzung der beiderseitigen Güter zu Einer Masse hervorgebracht hätten," folgerte er aus dem dem Manne während der Ehe zustehenden freien Dispositionsrechte, „daß derselbe als alleiniger Eigenthümer und einziges Rechtssubject in Bezug auf die gesammte Gütermasse, mit Ausnahme der Immobilien der Frau, angesehen werden müsse; mit der Ursache aber habe auch die Wirkung erlöschen, natürlich also nach der Ehetrennung das Gesammtgut sich sondern müssen, die Männer oder deren Erben hätten nur über ihren Antheil die Disposition behalten, wogegen ein anderer Antheil den Frauen oder ihren Erben zufiel; aus dem Schicksale des Vermögens nach getrennter Ehe könne man aber nicht auf den Zustand während der Ehe zurückschließen, da zu einer analogen Anwendung von Rechtsnormen die dazu nothwendige Gleichheit des Grundes fehle. Das Dispositionsrecht des Mannes während der Ehe unterscheide sich gar nicht vom Eigenthume, er sei also das einzige Rechtssubject nnd die Frau nicht das zweite; von einem Miteigenthum der Frau könne gar nicht die Rede sein" [49]). Sodann bemerkt Sarauw, „im Jütschen Lov fänden wir wesentlich jenes altgermanische Rechtsverhältniß unter Eheleuten, die Person und alles Gut der Frau kommen in die Wehre des Mannes, ihres rechten Vormundes, er disponire über das beiderseitige Vermögen völlig frei, auch das Lovbuch kenne kein condominium, keine Gleichheit der Rechte unter den Eheleuten, und aus der Theilungsart des Bauguts nach aufgehobener Ehe könne man ein Miteigenthum der Frau während der Ehe auf

---

48) im n. staatsb. Mag. VI. 122 ff., VII. 28 ff.; Falks Arch. III. 412 ff.; vgl. Dunker S. 202 ff., § 22. Baumeister Hamb. Privatr. § 77, 89.

49) n. staatsb. Mag. VI. 150 ff., 157 ff.

keinen Fall herleiten, da gerade dann das alleinige Eigenthum des Bauguts offenbar dem Manne zustehe; hiermit stimmten auch die anderen dänischen Provinzial-Rechtsbücher völlig überein" [50]). Dieses Rechtsverhältniß bezeichnete Sarauw, die von Hasse aufgestellte Unterscheidung zwischen innerer und äußerer Gütergemeinschaft adoptirend, als äußere Gütergemeinschaft. Gewiß muß es nun schon als sehr unpassend erscheinen, ein solches Verhältniß, bei welchem Einem ausschließlich das Eigenthum zugestanden und dieses als alleiniges Rechtssubject angenommen wird, als Gütergemeinschaft zu bezeichnen, möge man diese nun innere oder äußere nennen, und Hasse hat denn auch ganz andere Begriffe mit diesen Bezeichnungen verbunden. Er nennt nämlich [51]) äußere Gütergemeinschaft das Verhältniß, wo das beiderseitige Vermögen zwar der Verwaltung und Ausübung nach in der Hand des Mannes vereint ist, dem Rechte nach aber Jedem das Seinige bleibt, es ist mithin nur eine factische Gemeinschaft oder, wie Gerber [52]) es richtiger bezeichnet, Gütereinheit. Dagegen führt Hasse eine derartige Vereinigung der Güter, daß der Mann Eigenthümer des Ganzen werde, ausdrücklich als eine Art der inneren Gütergemeinschaft auf, welches denn freilich, wie bereits bemerkt, ebensowenig als sprachgemäß angesehen werden kann. Es muß deshalb schon von vorne herein fast als unmöglich erscheinen, daß Gesetze und Praxis, wenn sie überhaupt eine Gütergemeinschaft als bestehend annehmen, darunter das directe Gegentheil der Gemeinschaft, ein einseitiges Eigenthum und Recht, verstehen sollten, und es läßt sich auf jene Theorie vollkommen anwenden, was Sarauw selbst [53]) sagt, „man dürfe nicht für den Ausdruck eheliche Gütergemeinschaft rein willkührlich einen Begriff postuliren, sondern müsse ihn in dem Sinne des

[50]) Das. VII. 30 ff.

[51]) Güterrecht der Ehegatten nach Röm. R. S. 17.

[52]) Deutsche Privatr. 5te Aufl. S. 546, § 227, 230, und in seinen und Iherings Jahrb. I. S. 242 ff.

[53]) Arch. III. 432.

heutigen Sprachgebrauchs nehmen." Man vermißt aber nicht allein jeden positiven Beweis für jene Theorie, nach welcher das Eigenthum aller von der Frau in die Ehe gebrachten Güter und überhaupt alle ihre Vermögensrechte, mit Ausnahme des sogenannten Sondergutes, auf den Mann übergehen sollten, sondern es wird dieselbe auch sowohl durch die Unvereinbarkeit mancher gesetzlicher Bestimmungen mit derselben, als durch ausdrückliche gesetzliche Aussprüche widerlegt, wie sie auch gewiß dem allgemeinen Rechtsbewußtsein widerspricht. Zwar ist es im Allgemeinen zugegeben, daß man nicht von dem Schicksale des Vermögens nach aufgehobener Ehe auf den Zustand während derselben zurückschließen könne; allein ebenso wenig kann man annehmen, daß während der Ehe ein Rechtsverhältniß bestehe, welches mit den nach der Ehe eintretenden Regeln gradezu in Widerspruch steht. Wie aber läßt sich unter der Voraussetzung, daß der Ehemann alleiniges Rechtssubject des Vermögens sei, eine Beerbung der Frau, selbst nach kinderloser Ehe, irgend damit vereinigen? Zwar soll jenes Eigenthum des Mannes, als nur durch die Ehe begründet, auch mit dieser von selbst wieder aufhören. Es wäre also ein von Anfang an nur interimistisches oder an eine Resolutivbedingung geknüpftes Eigenthum, wie es sich freilich wohl als möglich denken läßt, aber gewiß nicht ohne positive Beweise angenommen werden kann. Auch würde, selbst bei der Annahme eines solchen interimistischen Eigenthums, es unerklärlich bleiben, daß bei dem Aufhören desselben das Vermögen nicht wieder in seine ursprünglichen Theile zerfiele, sondern nach Quoten mit den Erben der Frau getheilt wird. Auch dadurch, daß man mit Dunker[54]) der Frau ein eventuelles Recht, welches erst bei Auflösung der Ehe wirksam werde, beilegt, wird jenes nicht erklärt, da mit ihrem Tode ja auch jene Eventualität aufhören müßte. Ebenso unerklärlich ist deshalb auch bei jener Ansicht das der Ehefrau zum Theil schon nach dem Jütschen Lov (I. 39, III. 45) und unbezweifelt nach neuerer

---

[54]) Gesammteigenthum S. 228.

Gesetzgebung und Praxis zustehende Recht zu letztwilligen Verfügungen über ihren Antheil am Gemeingute. Nicht allein aber ist ferner im Jütschen Lov ausdrücklich davon die Rede, daß die Eheleute in Gemeinschaft (i fælegh oder fællig) sitzen[55]), welches man wohl von einer blos factischen oder äußeren Gemeinschaft, aber nicht von einem einseitigen Vermögen des Mannes verstehen kann, und nicht allein unterscheidet das Jütsche Lov das einseitige Eigenthum des Mannes von dem Gemeingute, sondern in Erichs Seeländischem Gesetze, auf welches Sarauw sich doch gleichfalls beruft, heißt es I. 1 gradezu: „Alles, was die Eheleute bei Eingehung der Ehe besäßen, mit Ausnahme des Landes, das gehöre Jedem zur Hälfte" (tha aghæ the alt til halfs), ferner I. 28: „Alles, was sie vor der Ehe an beweglichem Gute geerbt haben, gehöre ihnen beiden" (the æræ bæggy thæræ), „was ein Anderer dem Manne schuldige, das gehöre auch ihnen beiden, und was er Jemandem schuldig sei, das sei auch ihrer beider, ebenso sei es umgekehrt, wenn sie etwas schuldig sei oder Jemand ihr etwas schuldige", und I. 29: „Habe der Mann vor der Ehe Land gekauft, aber erst nachher geschötet erhalten, so gehöre es ihnen beiden." Der neueren Gesetzgebung aber und der von jeher bestehenden Praxis liegt ganz entschieden die Voraussetzung einer wirklichen Gütergemeinschaft zum Grunde, bei welcher auch der Frau Eigenthumsrechte an dem Gesammtgute zustehen und auch sie als Rechtssubject neben dem Manne angesehen wird, womit aber auch die eheliche Vormundschaft oder Ehevogtschaft des Mannes durchaus nicht im Widerspruch steht. Allerdings wird durch dieselbe die Ausübung von Vermögensrechten auf Seiten der Frau während der Ehe gehemmt, sie wird in dieser Beziehung völlig durch den Mann vertreten und die Dispositionsbefugniß geht in demselben Umfange, wie ihr dieselbe zustand, auf ihn über, keineswegs aber werden jene Vermögensrechte selbst auf den Mann

---

[55]) Sarauw im n. st. M. VII. 31.

übertragen. Jene Wirkungen der Ehevogtschaft sind an sich unabhängig von dem Güterverhältniß und dem Bestehen der Gütergemeinschaft und jene ist eben so wenig Grund als Folge der letzteren. Sie treten daher auch bei getrennten Güterverhältnissen ein und äußern sich eben deshalb in Bezug auf das Sondergut gleicherweise wie auf das Gemeingut. Auch an dem Sondergute steht dem Ehemanne dieselbe Dispositionsbefugniß zu, welche früher nur, wie die des Eigenthümers selbst, durch das Recht der nächsten Erben beschränkt war, die Frau aber kann keine von ihm vorgenommene Disposition anfechten. Es wäre deshalb auch, wenn überhaupt die Ehevogtschaft den Uebergang des Eigenthums an den Gütern der Frau als nothwendige Folge mit sich geführt hätte, nichts dagegen gewesen, auch an den Immobilien der Frau dem Manne ein solches interimistisches Eigenthum beizulegen, indem dieses auf das Recht ihrer nächsten Erben auf keine Weise von Einfluß gewesen wäre. Das Eigenthum der Ehefrau an ihrem Sondergute ist während der Ehe eben so wirkungslos, wie das am Gemeingute, und diese Wirkungslosigkeit kann daher auch keinen Grund abgeben, ihr das Eigenthum selbst zu bestreiten; ihre Rechte gehen durch die Ehe nicht unter, aber sie wird in Betreff der Ausübung, wie in jeder anderen rechtlichen Beziehung, durch den Mann vertreten.

---

§ 6.

Fortsetzung (Begriff).

Wenn gleich manche specielle Fragen sehr bestritten und zweifelhaft sind und in Betreff des Rechtsbegriffs, welcher dem ehelichen Güterverhältnisse zum Grunde liegt, auch hier keineswegs Einigkeit herrscht, so ist doch das Verhältniß selbst im Allgemeinen durch Gesetzgebung, Praxis und Doctrin entschieden festgestellt. Danach bildet das gesammte beiderseitige Vermögen der Eheleute, insoweit nicht gewisse Theile ausdrücklich als Sondergut von der Gütergemeinschaft ausgenommen sind,

eine vereinte und gemeinsame Masse, ohne Unterscheidung des Ursprungs und der einzelnen Theile, als deren Rechtssubjecte beide anzusehen sind, welches aber der unbeschränkten Verwaltung und Verfügung des Mannes unterworfen ist, weshalb das der Frau daran zustehende Recht während der Ehe nicht äußerlich hervortritt. Es ist schon mehrfach, insbesondere von Hasse und Paulsen[56]) darauf aufmerksam gemacht worden, daß man früher gewöhnlich irrig nur von Eigenthum sprach, welches zu dem Mißverständnisse führe, als wären nur eigenthümlich besessene Sachen in der Gütergemeinschaft, da diese doch vielmehr eine Gemeinschaft von Rechten überhaupt sei. Auf einem offenbaren Mißverständnisse beruhte es, wenn Sarauw[57]) dagegen bemerkte, „der Ausdruck Gütergemeinschaft sei nicht auf eine bloße Gemeinschaft von Rechten zu beziehen, weil das Wort Güter ebensowohl und vornehmlich Sachen begreife," indem ja Eigenthumsrechte keineswegs ausgeschlossen werden sollten, sondern nur davor gewarnt ward, solche als alleinigen Gegenstand der Gütergemeinschaft zu bezeichnen. Alle Vermögensrechte des Mannes und der Frau nämlich gehen mit Eingehung der Ehe von selbst in die jetzt entstehende Vermögensmasse über, sowie der spätere Erwerb in dieselbe fällt, wogegen aber auch Verbindlichkeiten als passiver Bestandtheil derselben erscheinen. Diese Vereinigung des Vermögens zu einer gemeinsamen Masse ist auch keine blos factische (formelle oder äußere), sondern eine rechtliche (materielle oder innere), so daß auch dem Rechte nach keine verschiedene Bestandtheile unterschieden werden können und sie auch nach Aufhebung der Ehe nicht in solche zerfällt, sondern nach Quoten getheilt wird. Wenn aber auch dieses Rechtsverhältniß, wie es eben angegeben worden ist, von der hiesigen Theorie und Praxis im Allgemeinen nie bezweifelt

---

[56]) Hasse, Revision S. 27, 155. Paulsen im staatsb. Mag. II. 318. vergl. Runde S. 149 Anm. a. Gerber D. Pr. R. S. 540 Anm. 1.

[57]) Arch. III. 432.

worden ist, so sind dagegen die Ansichten über den Rechtsbegriff, auf welchem jenes Verhältniß beruht, sehr abweichend gewesen und jede der verschiedenen darüber aufgestellten Theorien hat auch hier Anhänger gefunden. Die früheren Juristen wandten die Grundsätze des Römischen Rechts über societas und communio auf unser Verhältniß an, so namentlich Blüting[58]). Wie sehr indessen die eheliche Gütergemeinschaft in Betreff ihres Grundes und ihrer Entstehung, ihres ganzen Wesens und ihrer Dauer von jenen Regeln des Römischen Rechts abweiche und wie wenig passend diese Analogie sei, konnte nicht übersehen werden und schon frühe kam man dabei auf die Idee des Gesammteigenthums, so daß jedem der beiden Ehegatten das volle ungetheilte Eigenthum (dominium in solidum) an den Gemeingütern zustehe. Diese Ansicht, welcher hier namentlich Schrader[59]) beitrat und welche auch in verschiedenen anderen Rechtsverhältnissen sich geltend machte[60]), ward besonders von Hasse[61]), als dem Wesen des Eigenthums widerstreitend, angefochten und läßt sich jedenfalls mit den im Gebiete des Jütschen Lovs geltenden Regeln von der Gütergemeinschaft nicht in Einklang bringen. Die besonders von Hasse[62]) aufgestellte Theorie, nach welcher die Ehegatten in Beziehung auf das Gemeingut als eine juristische Person angesehen werden sollten, führt zu Consequenzen, insbesondere in Betreff der Gläubiger und der Erben, welche dieselbe als ungeeignet erscheinen lassen, zu praktischer Geltung zu gelangen[63]).

---

[58]) Glosse zu I. 6 S. 26 ff.; Erbgangsrecht Cap. 20.

[59]) Lehrb. II. § 37.

[60]) Vergl. Dunker, Gesammteigenthum S. 4 ff., 196 ff. Schmidt in Arch. f. civ. Prax. XXXVI. 153 ff.

[61]) Revision S. 14—83, vgl. Runde § 65, Dunkers angef. Schrift.

[62]) a. a. O. S. 86 ff.

[63]) Paulsen im staatsb. Mag. II. 318 ff. (12 ff.). Runde § 66. Dunker S. 215. Die beiden Theorien des Gesammteigenthums und der juristischen Person finden sich verbunden bei Deiters in Zeitschr. f. Deutsch. Recht II. 2 S. 119 zu einer s. g. communio in solidum.

Jede der angeführten Theorien erklärt einzelne Erscheinungen und Momente des ehelichen Güterrechts, mit keiner von ihnen lassen sich alle vereinen und die wichtigsten, durch Gesetz und Praxis hier entschieden feststehenden Aeußerungen des Verhältnisses der Gütergemeinschaft stehen mit ihnen allen in Widerspruch und müssen dabei für Singularitäten und Ausnahmen erklärt werden, welches wohl zur Genüge beweist, daß es für dieses Rechtsgebiet nur Theorien sind ohne praktische Bedeutung und nicht geeignet, daraus weitere Folgerungen zur Entscheidung zweifelhafter Fragen herzuleiten. Das Wesentliche und die Hauptsache bei der particulairen Gütergemeinschaft des Jütschen Lovs besteht in der völligen Verschmelzung der beiderseitigen, nicht ausdrücklich als Sondergut ausgenommen, Vermögenstheile zu einer ungetrennten Vermögensmasse, als deren Rechtssubjecte beide Ehegatten anzusehen sind. Das Vermögen des Mannes und das der Frau ist in diese Gesammtmasse in jeder Beziehung und für immer übergegangen, so daß diese auch bei der Beendigung des Verhältnisses nicht in jene Bestandtheile zerfällt, sondern nach gesetzlich bestimmten Quoten getheilt wird; während des Bestehens der Gütergemeinschaft aber wird dieses Gemeingut völlig vom Manne vertreten, welchem die ausschließliche Verwaltung und Verfügung über dasselbe zusteht. Diese Gemeinschaft ist ein auf dem ehelichen Verhältnisse beruhendes und dieses voraussetzendes Vermögensverhältniß, welches eben deshalb als ein eigenthümliches dasteht und nicht unter einem allgemeineren Rechtsbegriff subsumirt werden kann [64]). Allerdings kommen auch sonst Verhältnisse einer Gemeinschaft von Sachen und Rechten vor, mit denen man deshalb dieses Verhältniß unter den allgemeinen Begriff einer Rechtsgemeinschaft zusammenstellen könnte [65]), allein diese Gütergemeinschaft hat so viele und so bedeutende Eigenthümlichkeiten, welche aus ihrer Grund-

---

[64]) Paulsen Lehrb. § 138.

[65]) Vgl. Falk IV. 428. Runde § 63. Gerber S. 565. Maurenbrecher, D. Privatr. 2te Aufl. (1855) II. § 541.

lage, dem ehelichen Verhältnisse, hervorgehen und zum Theil auf besonderen historischen Gründen beruhen, daß dadurch etwanige sonstige Aehnlichkeiten mit anderen Gemeinschaftsverhältnissen weit überwogen werden und eine Zusammenstellung mit diesen ohne jeden praktischen Nutzen ist.

---

§ 7.

Fortsetzung. Ob ideelle Theile?

Auch für die Beantwortung der Frage, ob ideelle Theile der Ehegatten an dem Gemeingute anzunehmen sind, lassen sich eben deshalb aus dem Begriffe der Gemeinschaft keine allgemeinen Gründe hernehmen, sondern dieselbe kann nur nach den ohnehin feststehenden Regeln und Aeußerungen des Rechtsverhältnisses selbst beantwortet werden. Nach der Theorie der Communion des Römischen Rechts müßte man ideelle und zwar der Regel nach gleiche Theile annehmen, so daß jedem Ehegatten die Hälfte des Gesammtvermögens gehörte [66]), wogegen bei den Theorien des Gesammteigenthums und der juristischen Person von solchen Theilen nicht die Rede sein kann. Betrachtet man aber die eheliche Gütergemeinschaft als ein für sich stehendes eigenthümliches Rechtsverhältniß, so muß auch jene Frage in Uebereinstimmung mit der in anderen Beziehungen gesetzlich bestimmten oder durch Praxis gebildeten Gestaltung desselben entschieden werden. Dabei müssen nun die bei und nach der Aufhebung der Gemeinschaft eintretenden Verhältnisse und Regeln, wenn man auch nicht allgemein und gradezu von diesen auf das während der Ehe bestehende Verhältniß zurückschließen will, doch jedenfalls insofern in Betracht kommen, als man, wie schon früher bemerkt, nicht annehmen kann, daß jene in völligem Widerspruche zu letzteren stehen, vielmehr, so lange nicht erhebliche Gründe entgegenstehen, davon wird ausgehen müssen, daß zwischen dem Güterverhältnisse

---

[66]) Falk IV. 445. Runde S. 141.

während und nach der Ehe ein Zusammenhang und eine Uebereinstimmung Statt findet. Deshalb hat es denn auch bei der Annahme ideeller Theile von jeher Bedenken erregen müssen, daß bei Aufhebung der Ehe das Gemeingut nicht nach einem für alle Fälle gleichmäßig bestimmten, sondern in den verschiedenen Fällen nach einem verschiedenen Verhältnisse getheilt wird, bei unbeerbter Ehe zwar nach Hälften, bei beerbter aber nach der Zahl der Kinder. Da man nun aber die den Kindern oder sonstigen Erben des zuerst verstorbenen Ehegatten zufallenden Antheile des Gemeingutes nur als durch Erbschaft erworben, den dem nachlebenden Ehegatten verbleibenden Theil als ihm vermöge Eigenthums oder vermöge der Gemeinschaft zukommend ansehen kann und es so auch von der Gesetzgebung ausdrücklich bezeichnet wird, so kann man nicht wohl annehmen, daß dem einzelnen Ehegatten vorher ein ein für allemal bestimmter Antheil an dem Gemeingute gehört habe, um so weniger, als während der Ehe und, so lange mit dieser die Gemeinschaft besteht, solche ideelle Theile doch auf keine Weise äußerlich hervortreten und dieselben daher ohne alle praktische Bedeutung sein würden. Deshalb nimmt denn auch Runde zwar ideelle Theile an, welche aber nicht ein für allemal unabänderlich bestimmt wären, sondern verschieden je nach Verhältnissen, welche sich erst bei Auflösung der Ehe ergeben; „es wären dies Ereignisse, von deren Eintreten oder Nichteintreten der Umfang des Rechts abhängig gemacht werden könne, ohne daß das Dasein eines Rechts dadurch aufgehoben werde, und unter welchen der Umfang sich auch während der Ehe verändern könne, was aber von keiner Realität sei, weil es, wie es sich auch beschränke oder erweitere, unter der Verfügungsgewalt des Mannes stehe; im Begriffe des Ideellen liege nicht, daß die Quote ein für allemal unabänderlich bestimmt sei, es müßten nur für alle verschiedenen Verhältnisse Bestimmungsgründe gegeben sein!“ [67]) Damit scheint aber doch eigentlich die Ver-

[67]) Runde S. 141, 162 ff., vergl. dagegen Baumeister Hamb. Privatr. II. 161.

neinung der ideellen Theile während der Ehe ausgesprochen zu sein Denn ohne irgend eine Bestimmtheit läßt sich von Theilen nicht sprechen; die Theile können allerdings entweder wirklich hervortretende, factische, reelle sein oder nur gedachte, ideelle, intellectuelle, aber auch diese setzen immer ein bestimmtes Verhältniß zu dem Ganzen voraus, welches bei der reellen Theilung zum Grunde zu legen wäre. Zwar läßt es sich denken, daß die Größe der Theile, das Verhältniß, nach welchem dieselben bestimmt werden, sich verändert; nothwendig aber ist es theils, daß die Theile zusammengenommen dem Ganzen gleichkommen und dieses erfüllen, theils daß das jedesmalige Theilverhältniß in irgend einer Beziehung rechtliche Folgen und irgend eine Wirkung habe. Beides ist aber nicht der Fall, wenn man annimmt, daß die Ehegatten stets nach dem Verhältniß an dem Gemeingute berechtigt wären, welches bei jetzt eintretender Aufhebung der Gütergemeinschaft zur Geltung kommen würde. Bei beerbter Ehe könnte man doch nicht die den Kindern zufallenden Theile als den früheren Antheil des verstorbenen Ehegatten ansehen, welcher ja eben so gut der längstlebende hätte sein können und dessen früherer Tod unmöglich rückwirkend eine solche Fiction hervorbringen kann, als habe er einen solchen Antheil am Gemeingute gehabt und als sei das Uebrige schon bisher der Antheil des Ueberlebenden gewesen. Es entscheidet aber ausschließlich und allein das im Augenblicke der Auflösung vorhandene und bis dahin veränderliche und ungewisse Verhältniß, und alle anderen in früheren Zeitpunkten während der Ehe vorhanden gewesenen Verhältnisse verschwinden spurlos und ohne daß sie je irgend einen rechtlichen Einfluß auf das Vermögensverhältniß gehabt hätten oder für die Folge ausübten. Es würde mithin die Annahme, daß das Theilungsverhältniß während der Ehe ein je nach jenen Umständen verschieden bestimmtes gewesen sei, wieder eine völlig wirkungslose Fiction sein. Diese Theorie eines zwar wirklich vorhandenen, aber stetem Wechsel unterworfenen und bis zur Aufhebung der Ehe schwankenden Theilverhältnisses scheint daher noch weniger Realität zu haben und anwendbar zu sein,

als die Annahme, daß jedem Ehegatten während der Ehe das Gemeingut stets zur Hälfte gehöre, welche Ansicht jedoch aus den bereits angeführten Gründen gleichfalls mit dem Jütschen Lov und den im Gebiete desselben durch Gesetzgebung und Praxis festgestellten Regeln nicht in Einklang gebracht werden kann. Wir gelangen daher zu dem Resultate, daß hier während der Ehe keine ideellen Theile an dem Gemeingute Statt finden[68]). Zwar beginnt Erichs Seeländisches Gesetzbuch mit den Worten: „Nimmt ein Mann sich eine Frau, dann gehört ihnen Alles, was sie besitzen, mit Ausnahme des Landes, zur Hälfte, wenn gleich das Seinige 100 Mark werth wäre und das Ihrige nicht oder umgekehrt." Allein das gleich folgende zeigt, daß hier überhaupt nur von unbeerbter Ehe und zwar in Beziehung auf die Theilung nach Aufhebung derselben durch Tod oder Scheidung die Rede ist. Auch konnte jenes dort von beerbter Ehe um so weniger gemeint sein, als gerade nach Seeländischem Rechte noch den Kindern ein wirkliches Recht an dem Vermögen und die Befugniß, ihren Antheil zu fordern, bei Lebzeiten der Eltern zugestanden ward. Hier hätte daher schon eher jene Ansicht von während der Ehe wechselnden ideellen Theilen sich geltend machen können und für jenes ältere Recht ließe sich dieselbe etwa durchführen. Mit dem Jütschen Lov aber ist sie unvereinbar und für dieses Rechtsgebiet ist die Annahme ideeller Theile während der Ehe nicht statthaft.

---

[68]) Vergl. Paulsen im staatsb. Mag. II. 316 (10); Lehrb. § 138. Mittermaier in d. Zeitschr. f. gesch. Rechtsw. II. 331.

Erster Abschnitt.

Das Gemeingut.

---

§ 8.

Umfang. 1. Das Eingebrachte.

Zum Gemeingute gehört

1) alles einem der Ehegatten bei Eingehung der Ehe zustehende Vermögen, mit alleiniger Ausnahme des Landeigenthums. Eine so allgemeine ausdrückliche Regel, wie in Erichs Seeländischem Gesetze I. 1 (hvat sum the æræ æghændæ at, forutæn thæræ Jorth), finden wir allerdings im Jütschen Lov nicht; dieses enthält überhaupt keine allgemeine Regeln über die Natur und den Gegenstand der ehelichen Gütergemeinschaft, sondern behandelt nur bei Gelegenheit der Erbtheilung in I. 6 auch die Theilung des Gemeingutes; aus den einzelnen Bestimmungen aber folgt jene Regel gradezu. Zunächst werden als Gegenstände der Theilung Häuser und Bofæ genannt, dieses Wort aber, mit welchem der Ausdruck Boskab völlig gleichbedeutend und ohne alle Unterscheidung gebraucht wird (I. 6 § 2, 4, 5, 6, I. 18, 20)[1], bezeichnet überhaupt alles bewegliche Gut im Gegensatz zum Lande (I. 29 § 6, 40; II. 68[2]),

---

[1] Der von Paulsen im staatsb. Mag. II 333 (27) und Lehrb. § 144 gemachte Unterschied, wonach Boskab, nicht aber Bofæ, auch das Haus umfaßt, ist wohl nicht begründet.

[2] In der dänischen Uebersetzung von 1590 steht irrig Bo, Fæ und danach bei Eckenberger Huß, Vehe, dagegen in der lateinischen Uebersetzung

97 § 6 hans Gods, det er Hovæthlot i Bofæ, 99), wie völlig übereinstimmend im Schonischen Gesetze Bolfæ (z. B. I. 5, 7, 9, 10, 14, 19, 22, 23; III. 9, 16), oder auch blos Fæ (II. 1, 12), in Erichs Seeländischem Gesetze Bofæ (I. 10, 30), Fæ (I. 11, 18, 20), Fæmunæ (I. 5, 6, 7, 14, 19, 25) und Munæ [3]) (I. 3) vorkommt, und wie im Flensbürger Stadtrechte Cap. 11 boscup (olt ther Gooz, bothæ Hus ok jorth, skal væræ Boskap), sowie im Schleswiger Stadtrechte Cap. 60 (dat het uppe Densch Bopening) und im Haderslebener Cap. 10 (Arf skiftes saa here i By, som i Logbog er skrefven, uden Jord, forthi at Jord skiffts i war By ens andere Bopenning) Bopenning gradezu zur Bezeichnung des Gemeingutes steht. Schon Blüting, Gl. zu I. 6 § 2 S. 28 (vergl. S. 117, 153 und Erbgangsrecht Cap. 19) bemerkt, daß Eckenberger dort Bofæ nicht richtig durch „dat rede Geld" übersetze, da es vielmehr alles bewegliche Gut bezeichne, wie auch Eckenberger es im Repertorium selbst erklärt. Es umfaßt mithin alles bewegliche Vermögen, welches einem der Ehegatten zur Zeit der Eingehung der Ehe gehört, möge es nun in Eigenthum an Sachen, baarem Gelde oder ausstehenden Forderungen, und überhaupt Rechten [4]) bestehen, natürlich mit den Beschränkungen, an welche die Rechte geknüpft sind, z. B. Nießbrauch, Fideicommiß, Privilegien 2c. [5])

Daß auch Häuser dahin gehören und in dieser Beziehung den beweglichen Sachen gleich gestellt werden, beruht allerdings wohl auf der Beschaffenheit der Häuser in älterer Zeit, womit

---

richtig mobilia und ebenso in der plattdeutschen von 1486 beweglick, vgl. Rosenvinge in s. Ausg. S. 221 Anm. 1; Ancher in s. a. Anm. p.

3) Vergl. Rosenvinge in s. Ausg. 334.

4) Die Bemerkung Paulsens a. a. O. S. 318 (11) nach Hasse, daß nicht nur eigenthümlich besessene Sachen in der Gütergemeinschaft seien, diese vielmehr eine Gemeinschaft von Rechten überhaupt sei, ward ohne Grund von Sarauw in Falks Archiv III 432 so mißverstanden, als wäre es eine Gemeinschaft von Rechten, ohne alle Beziehung auf Sachen.

5) Vergl. Hasse Revision § 45—47, Runde Güterrecht der Ehegatten § 35.

es auch zusammenhängt, daß die Gebäude nicht nothwendig als accessorium des Bodens angesehen werden, ist aber fortwährend geltendes Recht geblieben. Zwar wurden durch die Hofgerichts-Erkenntnisse vom 20sten September 1606 [6]) und vom 1sten Decbr. 1621 [7]) zwei Stapelholmer Bondengerichts-Urtheile, in welchem die Häuser zu dem zu theilenden Gemeingute gerechnet waren, reformirt und in letzterem ausgesprochen, daß „das zugebrachte Wohnhaus und anstehende Scheune und Ställe als unbeweglich Gut nicht in die Theilung gezogen, auch demnach in allen künftigen Fällen erkannt werden solle"; durch die declaratio authentica vom 8ten Juni 1759 aber (veranlaßt durch einen Fall in Cappeln, in welchem man sich namentlich auf jene Erkenntniß berufen hatte) ist verfügt, „daß an den Orten, wo das Jütsche Lov in Erbtheilungsfällen zur Richtschnur dient, die Häuser des zuerst mit Tode abgehenden Ehegatten, wenn er gleich solche vor der mit dem Nachlebenden getroffenen Ehe besessen hat, mit zur Theilung gebracht werden sollen", und in dem Rescripte vom 30sten April 1763 ist ausgesprochen, daß dieses auch bei den Stavenhäusern in Stapelholm zur Anwendung kommen solle.

---

§ 9.

Umfang. Das Eingebrachte (Fortsetzung).

Gleichgültig ist es, wann und wie der Ehegatte die einzelnen Vermögenstheile erworben hat, wenn es nur vor Schließung der Ehe geschehen ist, und es wird daher namentlich auch Dasjenige gemeinschaftlich, was dem einen Ehegatten mit Beziehung auf die Ehe, als Aussteuer, Mitgift, Hochzeitsgeschenk oder unter welchem Namen es sonst sein möge, sei es von Verwandten oder von Fremden, gegeben worden ist. In der

---

6) In Blüting's Erbgangsrecht Cap. 19, Abhandlungen zur Erläut. des Jüt. L. S. 11, corp. stat. Slesv. I 657. S. Anh. 1.

7) Blüting a. a. O. Anh. 2.

Praxis ist dieses nie bezweifelt worden [8]), und auch Falk in seinem Handbuche IV. 447 hat nicht, wie Esmarch im Erbrechte § 8 Anm. 6 (S. 36) andeutet, eine abweichende Ansicht in jener Beziehung aufgestellt und eine bei Eingehung der Ehe den Söhnen oder Töchtern gegebene Aussteuer von der Gemeinschaft ausgeschlossen, indem er vielmehr dort nur als Einwand gegen einen zur Erklärung der Regel, daß das während der Ehe geerbte Gut nicht gemeinschaftlich werde, für die ältere Zeit aufgestellten weiteren Begriff des Erbguts bemerkte, daß regelmäßig auch in dem bei Anfang der Ehe Eingebrachten ererbtes oder für ererbt zu achtendes Vermögen sich befinde und zu diesem auch jede solche Aussteuer gehöre, weil sie bei einem nachherigen Erbschaftsfalle conferirt werden müsse. Den Unterschied zwischen dem vor und dem während der Ehe Geerbten erkannte auch er ausdrücklich als geltend an und konnte daher, wenn er das vor Eingehung der Ehe ererbte Gut nicht von der Gemeinschaft ausnahm, gewiß noch weniger eine Aussteuer, weil sie aus jenem Grunde dem ererbten Vermögen gleichgeachtet werden müsse, davon ausschließen. Daß aber auch wirklich nach dem Jütschen Lov, welches in dieser Beziehung mit den anderen Dänischen Provinzial-Gesetzbüchern völlig übereinstimmt, alles zur Zeit der Eingehung der Ehe dem einen der Ehegatten zustehende bewegliche Vermögen in die Gemeinschaft fällt und es keinen Unterschied macht, auf welche Weise es erworben ist, namentlich mithin auch das bereits Geerbte, und daß der Gegensatz des vor und des während der Ehe Geerbten wirklich besteht, ist unzweifelhaft und auch stets sowohl von der Theorie als in der Praxis anerkannt worden [9]), wie denn auch bei dem in die Ehe eingebrachten

[8]) Blüting Gl. zu I 6 S. 29 Nr. 12 u. 12 (des Mannes Medegift, der Frauen Brautschatz); Erbfolgerecht Cap. 19 Nr. 11 u. 12 nebst dem dort mitgetheilten Erkenntnisse von 1621 und dem im Cap. 27 enthaltenen Erkenntniß von 1635, Anh. 3; auch die Erkenntnisse der Sluxharde in m. Schrift: Das Recht Schleswigs im 17ten Jahrh. S. 193 ff.

[9]) S. z. B. die bereits angeführten Erkenntnisse von 1606, in stehender Ehe geerbet, und von 1635, in währender Ehe angeerbet;

beweglichen Gute eine Unterscheidung des ererbten und des auf andere Weise erworbenen praktisch unausführbar sein würde. Von großer Wichtigkeit ist es daher, ob der Erbfall schon vor oder erst nach Eingehung der Ehe stattgefunden hat. Dabei entsteht aber schon hier die Frage, ob der vorher geschehene Erbfall und der damit eingetretene Anfall der Erbschaft an sich hinreichend ist, damit diese der Gemeinschaft zufalle, und insbesondere ob dieses dann der Fall ist, wenn Vater oder Mutter zwar schon vor der Verheirathung eines Kindes gestorben war, der nachlebende parens aber in ungetheilten Gütern oder s. g. fortgesetzter Gütergemeinschaft sitzen geblieben ist. Sowie es nämlich einerseits als unbestritten angesehen werden kann, daß schon der Anfall der Erbschaft wenigstens zur weiteren Uebertragung derselben auf die Erben des ersten Erben hinreicht, so muß auf der anderen Seite zugegeben werden, daß der Anfall nicht in jeder Beziehung die Wirkungen des wirklichen Erwerbs der Erbschaft hat, wie namentlich die damit verbundenen Verbindlichkeiten des Erben eine Antretung voraussetzen. Wie weit aber übrigens die Wirkungen des Anfalls sich erstrecken, ist sehr zweifelhaft. Jene erste Wirkung des Anfalls ist schon unmittelbar aus J. L. I. 8 [10]), wonach das Kind, wenn es nur Vater oder Mutter überlebt, auch denselben beerbt und diese Erbschaft auf seine Erben überträgt, so wie überhaupt aus den in Betreff des Verhältnisses der Kinder bei der s. g. fortgesetzten Gütergemeinschaft geltenden Regeln (s.

---

vergl. And. Sunesen cap. IV hereditas, quae post contractas nuptias alteri accessit conjugum; Ancher saml. Skr. II 357, 366.

10) worthær skjælnæt a hvat longær livær, Mothær æthe Barn ... tha ær e nærmær at vitnes ... til Arf æn fra. Thet samæ ær um fathær thær um Mothær. — Völlig übereinstimmend Schon. Ges. I 4; And. Sunesen cap. 1. seu parenti supervixisse; Erichs Seel. Ges. I 2. Wendør Barnæt sithæn thæt fek sin Kristendom, tha a Mothær at arve; kan thæt væræ at hin thær Mansæns Arvæ skulde væræ, sigher at Barnæt vorth død fød .. tha skal han gangæ til thær frughænuæ Wæriæ ær .. ok sværæ thæt at thæt vart livændæ fød .. ok hun a thæt rætælekæ at arve. Warthær thæt ok jaa, at Bondæn livær og frughæn far Barn ok Barnet .. livær yvær Mothær, tha ær fathær næst at arvæ.

darüber unten). Danach nämlich ist in den Gesetzen entschieden der Grundsatz ausgesprochen, daß das Erbrecht der Kinder gleich bei dem Tode des einen Ehegatten insofern in Kraft tritt, daß die Erbtheile ideell festgestellt und bei dem Tode der Kinder weiter vererbt werden, wenn gleich übrigens, wenigstens während der Unmündigkeit der Kinder, die solchergestalt erworbenen Rechte derselben nicht wirksam äußerlich hervortreten, so lange jene fortgesetzte Gütergemeinschaft fortdauert. Mit eintretender Mündigkeit oder Verheirathung ist das Kind, die Tochter im letzten Falle mit ihrem Ehemanne, im Allgemeinen dispositionsfähig geworden und, wenn es auch von seinem Rechte, die Festsetzung des Betrages seines väterlichen oder mütterlichen Erbes und die Auslieferung desselben zu verlangen, nicht gleich Gebrauch macht, sondern die Mutter oder den Vater auch ferner in dem ungestörten Besitze des ungetheilten Gesammtvermögens bleiben läßt, so wird doch dem Kinde im Uebrigen die Disposition über seinen nur dem Betrage nach unbestimmten Antheil an diesem Vermögen nicht streitig gemacht werden können, es ihm vielmehr frei stehen, denselben durch eine Verfügung unter Lebenden oder auf den Todesfall an Andere zu übertragen. Da es nun nicht geläugnet werden kann, daß den Kindern schon gleich mit dem Tode des einen der Eltern das väterliche oder mütterliche Erbe mit der Wirkung zufällt, daß ihnen von jetzt an ideelle Theile an dem Gesammtgute zustehen, welche als ihr wirkliches, zur weiteren Vererbung geeignetes Vermögen angesehen werden, und es ihnen von der Verheirathung oder schon früher von erreichter Mündigkeit an freisteht, zu jeder Zeit diese Antheile von dem Gemeingute zu fordern, so scheint auch kein hinreichender Grund vorhanden zn sein, einen solchen Vermögenstheil von der jetzt eintretenden Gütergemeinschaft auszuschließen [11]). Daß dieser

---

[11]) Vergl. den Fall von 1559 bei Rosenvinge gamle Domme I 127, wo erkannt ward, daß das der Frau durch den vor Eingehung der Ehe eingetretenen Tod ihrer Mutter angefallene Erbe, ungeachtet der Vater in ungetheilten Gütern sitzen geblieben war, in die Gemeinschaft falle. — Samml. v. Abhandl. z. Erl. d. J. L. S. 10 Anm. Falk IV 461.

Vermögenstheil nicht seinem Betrage nach bestimmt, daß er nicht abgesondert, sondern eben nur ein ideeller Antheil an einem in Gemeinschaft befindlichen Vermögen ist, kann eben so wenig in diesem Falle in Betracht kommen, als in anderen Fällen eines Miteigenthums oder einer Gemeinschaft, wo unstreitig der dem einen Ehegatten daran zustehende Antheil mit seinem übrigen Vermögen in die Gütergemeinschaft fallen würde. Daß aber das väterliche oder mütterliche Erbe nicht wirklich angetreten ist, darauf kann gleichfalls nichts ankommen, da einmal nach den Gesetzen es der Antretung nicht bedarf, damit ein solcher Erbtheil als bereits zu dem Vermögen des Kindes gehörend angesehen wird, wenn auch im Uebrigen die Antretung allerdings von Erheblichkeit ist, indem, bevor dieselbe geschehen, Verpflichtungen aus dem Anfalle der Erbschaft nicht hervorgehen und überhaupt über jenen Erbtheil hinausgehende Folgerungen einer Erbqualität nicht daraus abgeleitet werden können [12]). Es wird daher ein solches dem einen Ehegatten vor eingegangener Ehe angefallenes väterliches oder mütterliches Erbe, ungeachtet des von dem nachlebenden parens fortgesetzten Güterbesitzes, als Theil des gemeinschaftlichen Vermögens anzusehen sein, ohne Unterschied ob die Auftheilung jenes Gesammtgutes und damit die quantitative Feststellung jenes Erbtheils, sowie die wirkliche Antretung desselben während des Bestehens der Ehe erfolgt oder nicht. Auch im letzteren Falle wird demnach der nachlebende Ehegatte den ihm zufolge der ehelichen Gütergemeinschaft zukommenden Antheil auch von jenem Erbtheile fordern können und im umgekehrten Falle, wenn Derjenige, welchem ein solcher Erbtheil zugefallen war, der längstlebende ist, denselben mit den Erben des zuerst Verstorbenen theilen müssen [13]).

---

[12]) S. H. Anzeigen 1838 S. 276, 1842 S. 62 ff., 1844 S. 255 ff.

[13]) Uebereinstimmend damit ist die bei Esmarch Erbr. § 54 Anm. 6 angeführte Entscheidung des Obergerichts von 14ten Januar 1817. Vergl. die Entscheidung des Holst. Oberg. in Falks Samml. aus d. Anzeigen V 4 und IV S. 419 ff. Bei der allgemeinen Gütergemeinschaft mußten

§ 10.

Umfang (Fortsetzung).

Es ist bisher der gewöhnliche Fall vorausgesetzt, daß nämlich die Kinder von der Mündigkeit oder Verheirathung an die Auftheilung des Gesammtgutes und die Auslieferung ihres mütterlichen oder väterlichen Erbes verlangen können. Jener gesetzliche Termin aber kann durch testamentarische Verfügungen der Eltern, unter Vorbehalt des Pflichttheils, hinausgeschoben werden, welches häufig theils so geschieht, daß nur jenes Forderungsrecht und also eigentlich die Fälligkeit des Erbes an einen späteren Termin, wie namentlich an ein späteres Alter des Kindes, an die Wiederverheirathung oder den Tod des längstlebenden parens geknüpft wird, theils so daß selbst der Anfall des Erbes nach dem zuerst verstorbenen parens erst mit einem solchen späteren Umstande eintritt [14]). Im letzteren Falle, welcher dann eintritt, wenn durch eine einseitige oder gegenseitige letztwillige Disposition der längstlebende Ehegatte zum Universalerben des zuerst Verstorbenen eingesetzt ist und erst nach dem Tode des ersteren die Kinder zur Erbschaft nach beiden Eltern gerufen werden, haben jene bis dahin überall keinen Antheil an dem elterlichen Vermögen und ein Gemeingut ist gar nicht vorhanden, sondern es ist einseitiges Vermögen des nachlebenden parens, an welchem den Kindern nur ein erst mit dessen Tode in Kraft tretendes Erbrecht zusteht. Von einer weiteren Vererbung nach einem vor diesem Zeitpunkte versterbenden Kinde an dessen Erben als solche kann daher eben so wenig die Rede sein, als von einer anderweitigen Uebertragung oder einem Einbringen in die Gütergemeinschaft. Erlebt aber das verheirathete Kind jenen Zeitpunkt,

---

auch in Betreff des während der Ehe angefallenen Erbes dieselben Regeln gelten, welche hier in Betreff des vor der Ehe angefallenen aufgestellt sind.

[14]) Vergl. Verordnung vom 24. Oct. 1837 § 3, 4; Rentek. Schr. v. 14. Septb. 1841.

so tritt jetzt der Anfall des Erbes auch nach dem zuerst verstorbenen parens ein und es ist mithin eine nicht vor Eingehung der Ehe, sondern während derselben angefallene Erbschaft vorhanden, welche daher der Regel nach nicht gemeinschaftlich wird [15]). Wenn dagegen nicht der Anfall der Erbschaft, sondern nur das Recht das Erbe zu fordern an einen späteren Zeitpunkt geknüpft ist, wie namentlich dann, wenn durch eine testamentarische Disposition dem längstlebenden Ehegatten erlaubt worden ist, bis zu seiner Wiederverheirathung oder bis zu seinem Tode in ungetheilten Gütern sitzen zu bleiben, so wird durch eine solche Disposition das den Kindern gesetzlich schon bei dem Tode des zuerst verstorbenen parens zufallende und erworbene Recht an dem Gemeingute an sich nicht verändert, sondern nur die Befugniß, die Auftheilung der Gemeinschaft zu verlangen, aufgeschoben; nur die sonst regelmäßig mit der Mündigkeit oder Verheirathung eintretende Fälligkeit des Erbes wird an einen späteren Zeitpunkt geknüpft, das Recht des längstlebenden Ehegatten zur Fortsetzung der Gemeinschaft ist nicht seinem Inhalte, sondern nur der Dauer nach erweitert. Es ist daher in einem solchen Falle kein Grund vorhanden, die übrigen Folgen des geschehenen Anfalls des väterlichen oder mütterlichen Erbes nicht eintreten zu lassen, vielmehr wird auch in solchen Fällen das angefallene, wenn gleich noch nicht fällige, Erbe auf die Erben des Kindes weiter vererbt werden und auch in die eheliche Gütergemeinschaft fallen. In manchen Fällen kann es allerdings sehr zweifelhaft sein, was die Absicht der Disponenten gewesen ist und ob danach der längstlebende Ehegatte als wirklicher Universalerbe oder nur als Nutznießer angesehen werden soll, welches dann all-

---

[15]) Esmarch a. a. O. scheint sich zu widersprechen, indem er in demselben Satze zuerst von einer dem Ehegatten vor seiner Verheirathung deferirten Erbschaft redet und dann einen Fall subsumirt, wo die Erbschaft dem Erben erst nach dem Ableben eines Dritten zufallen soll, und dieses als Bedingung aufstellt. Hier ist mithin nicht etwa die Antretung bedingt, sondern es ist überhaupt vorher eine Erbschaft nicht angefallen oder deferirt.

gemeinen Interpretationsregeln zufolge nicht allein nach den von den Disponenten gebrauchten einzelnen Ausdrücken, deren Bedeutung besonders in Privatdocumenten oft sehr unbestimmt ist, wie namentlich die Ausdrücke Erbe und zum Erben einsetzen, sondern nach dem ganzen Zusammenhange und den Umständen des einzelnen Falles zu entscheiden ist. So konnte auch in dem bei Esmarch Erbr. § 54 Anm. 4 angeführten letzten Falle die Absicht der Testatoren zweifelhaft sein, da zwar dem längstlebenden Ehegatten nur der lebenslängliche ungestörte Besitz und Genuß des beiderseitigen Vermögens zugesichert war, den Kindern aber erst nach Ableben beider Ehegatten der Nachlaß zufallen sollte; durch den Vorbehalt „der Rechte der Enkelin an den Nachlaß des zuerst verstorbenen Ehemannes" bei der Confirmation des von der nachlebenden Wittwe errichteten späteren Testaments konnte auch ausgesprochen sein, daß der verstorbenen Tochter überall ein Erbe nach ihrem Vater nicht zugefallen sei, sondern die Enkelin proprio jure erbe, durch jenen Vorbehalt war nicht entschieden, welcher Art die Rechte der Enkelin waren.

---

§ 11.

Umfang (Fortsetzung).

Die obige Unterscheidung muß auch in anderen Fällen zur Anwendung kommen, in denen durch letztwillige Disposition Jemandem eine Erbschaft oder ein Vermächtniß dergestalt zugewandt ist, daß sein Recht darauf ausdrücklich oder indirect durch eine Zeitbestimmung beschränkt wird. Auch in solchen Fällen kommt es darauf an, ob in dem einzelnen Falle der beschränkende Umstand als das Recht selbst bedingend oder nur die Ausübung aufschiebend anzusehen ist, indem im ersten Falle auch von einem Anfalle noch gar nicht die Rede sein kann. Dahin gehört der, insbesondere bei gegenseitigen Testamenten unbeerbter Eheleute häufig vorkommende Fall, auf welchen die Verfügung vom 23sten Juni 1786 sich bezieht. Durch diese

Verfügung sollte zunächst nur der bei dem damals vorliegenden und ähnlichen Fällen obwaltende Zweifel, ob das dem bei dem Tode des zuerst verstorbenen Disponenten vorhandenen nächsten Erben angefallene Erbrecht auch auf solche Personen übergehen könne, welche jenem Disponenten überall nicht verwandt wären, entschieden werden, indem darüber, daß ein solcher Anfall wirklich stattgefunden und eine weitere Transmission zur Folge habe, im Allgemeinen nicht gezweifelt ward. Die Verfügung bestimmt nun, daß, wenn der Testator nicht ein Anderes ausdrücklich festgesetzt hat, die bei seinem Tode vorhandenen Intestaterben als die wahren, zur weiteren rechtlichen Disposition oder Vererbung befugten Erwerber der Gerechtsame, worauf es ankommt, zu betrachten sind. Dabei muß nun allerdings vorausgesetzt werden, daß das Recht dieses Erben selbst seiner Existenz nach in dem Testamente völlig festgestellt und nicht von einer Bedingung oder von einer dem längstlebenden Ehegatten eingeräumten Disposition abhängig gemacht ist. Wäre dieses der Fall, wäre es also namentlich dem längstlebenden Ehegatten gestattet, durch eine spätere letztwillige Disposition die frühere abzuändern und jenem Erben das Erbrecht wieder zu entziehen, so würde auch vor dem Tode des Längstlebenden oder vor dem Eintritte jener Bedingung ein Anfall der Erbschaft überall nicht eintreten können [16]. Wenn aber der Erbe unbedingt eingesetzt ist und diese Einsetzung von dem längstlebenden Ehegatten nicht rückgängig gemacht werden kann, so tritt der Anfall auch sofort mit dem Tode des zuerst versterbenden Disponenten ein und das Recht selbst ist damit für jenen Erben erworben, wenn auch der Inhalt desselben seinem Umfange und seiner reellen Bedeutung nach ungewiß und namentlich von einer dem Längstlebenden eingeräumten Dispositionsfreiheit abhängig sein kann. Auch hier können manche Fälle vorkommen, wo es zweifelhaft ist, ob der beschränkende Umstand als Bedingung aufzufassen

---

[16]) Vergl. S. H. Anzeigen 1839 S. 97 ff., 1841 S. 77 ff. (253, 28), 1844 S. 76 (255), 1845 S. 284 ff., 1848 S. 127 ff., 301 ff.

ist oder nicht, oder wie weit die Befugnisse des längstlebenden Ehegatten sich erstrecken, wo denn die gewöhnlichen Interpretationsregeln entscheiden. Es ist gerade so wie bei der fortgesetzten Gütergemeinschaft, wo gleichfalls das Erbrecht der Kinder nach dem zuerst verstorbenen parens feststeht und ihnen nicht von dem nachlebenden direct entzogen, aber durch die diesem zustehende Verwaltung und Dispositionsbefugniß allerdings seinem Inhalte und Gegenstande nach geschmälert und wirkungslos oder gehaltlos werden kann. Desungeachtet muß ein solches wirklich erworbenes Erbrecht ebensowohl als in das Vermögen des Erben übergegangen und als Theil desselben angesehen werden, wie irgend ein anderes seinem Inhalte oder seinem Gehalte nach ungewisses Recht oder eine derartige Forderung. Selbst wenn man den Ausdruck der Verfügung vom 23sten Juni 1786, wonach der Erbe zur weiteren rechtlichen Disposition befugt ist, mit Esmarch (Erbr. § 58 S. 341 ff.) auf letztwillige Verfügungen beschränken wollte, würde man nicht umhin können, den wirklich eingetretenen Erwerb eines Rechts anzunehmen, worüber er letztwillig verfügen könnte. Es ist aber kein Grund zu jener Beschränkung und zu einer solchen Unterscheidung zwischen einer letztwilligen und einer anderen Verfügung; es ist nicht einzusehen, warum jenes Recht nicht ebensowohl z. B. durch Schenkung, als durch Testament sollte übertragen werden können. Der entgegengesetzten Ansicht scheint eine Verwechselung des Rechts und des Gegenstandes desselben zum Grunde liegen; jenes, das Erbrecht, ist durch den Anfall erworben; der Gegenstand desselben, die Erbschaft, dagegen nicht und in Beziehung auf letzteren bleibt es allerdings ungewiß und unsicher, bis der beschränkende Umstand wegfällt. Bis dahin ist deshalb auch jede Ausübung und jede andere Verfügung, als eine solche, durch welche das Recht selbst übertragen wird, ausgeschlossen, wie auch keine Verbindlichkeiten eintreten, vielmehr jenes Recht immerhin noch später aufgegeben und dadurch auch den damit verbundenen nachtheiligen Folgen vorgebeugt werden kann. Wie aber jenes Recht durch eine Disposition des Erben auf

Andere übertragen werden kann, so wird es auch mit seinem übrigen Vermögen, gleich anderen darin enthaltenen, wenn auch noch so ungewissen Rechten und Forderungen, in die Gütergemeinschaft übergehen [17]), und es ist in dieser Beziehung gleichgültig, wann der die Ausübung hindernde Umstand und jene Unsicherheit des Rechts wegfällt, ob während oder etwa erst nach der Ehe; der Zeitpunkt des Anfalls ist und bleibt der maaßgebende und bestimmende. Dieses wird demnach von allen einem der Ehegatten vor der Ehe angefallenen Erbschaften gelten müssen, auf die Antretung kommt es in dieser Beziehung nicht an. Noch weniger ist daher der Zeitpunkt der Regulirung der Erbmasse entscheidend, wenn gleich der Erbe erst nach Beendigung derselben in den Besitz der Erbschaft und zur wirklichen Ausübung seines Rechts gelangt. Auch der Umstand, daß der Erbe den Anfall der Erbschaft nicht erfahren hat, wird nicht von Erheblichkeit sein und jene Wirkung des Anfalls hindern können, indem dem in der entgegenstehenden Entscheidung des Schleswigschen Obergerichts vom 27sten November 1832 (bei Esmarch § 54 Anm. 4) angeführten Grunde „daß die verstorbene Frau die Erbschaft nicht angetreten habe", nach dem Angeführten kein Gewicht beigelegt werden kann, wie denn auch in verschiedenen anderen Entscheidungen jenes Gericht es anerkannt hat, daß die Antretung keineswegs erforderlich sei, damit die angefallene Erbschaft als zum Vermögen des Erben gehörend angesehen werden und mit demselben auf Andere übergehen könne [18]).

---

§ 12.

Umfang. 2. Kaufland.

2) Gemeinschaftlich wird ferner Alles, was während der Ehe von beiden Ehegatten oder von einem derselben auf andere

---

[17]) Falk Handb. IV 461. Vergl. die bei Esmarch § 58 Anm. 5 angeführte obergerichtliche Entscheidung von 1826.

[18]) Anzeigen 1842 S. 62, 1844 S. 74 ff., 1845 S. 283 ff.

Weise als durch Erbschaft erworben wird. Dahin gehört zunächst die eigentliche Errungenschaft, d. h. der Erwerb durch eigenen Fleiß und jede Art der Betriebsthätigkeit, sei es des Mannes oder der Frau [19]), so wie der Ertrag sowohl des Gemeinguts als des Sonderguts, außerdem aber auch Alles, Unbewegliches sowohl als Bewegliches, welches während der Ehe, sei es lucrativ, wie durch Schenkung, Lotterie ꝛc., oder durch onerose Rechtsgeschäfte unter Lebenden erworben wird. Im Jütschen Lov wird nur Kaufland genannt, welches aber nur den Gegensatz zu dem eingebrachten und eingeerbten Lande bezeichnet. Daß das eigentliche Kaufland gemeinschaftlich wird, ist natürlich, da der Kaufpreis vom Gemeingute genommen ist. Aber der Begriff ist nicht darauf beschränkt, sondern umfaßt alles während der Ehe erworbene Land mit Ausnahme des Erblandes, ohne daß es übrigens auf den Erwerbtitel ankommt. Daher macht es keinen Unterschied, ob dieser etwa in die Zeit vor der Ehe fällt, wenn nur der wirkliche Erwerb des Eigenthums während der Ehe geschieht und auch das vor der Ehe von einem Ehegatten gekaufte Land fällt in die Gemeinschaft, wenn die Uebertragung erst nach Eingehung der Ehe erfolgt [20]), so wie umgekehrt das Land nicht gemeinschaftlich wird, wenn das Eigenthum vor der Ehe übertragen ist, falls auch der Kaufpreis erst während der Ehe bezahlt wird. Ebenso gehört ferner dahin nicht blos das gekaufte, sondern auch das aus einem anderen singulairen Titel während der Ehe erworbene Land [21]), namentlich geschenktes; doch wird im Seeländischen

---

[19]) And. Sunesen cap. 9: Universos contingit de communi consortio quidquid vel culpa æmittitur vel industria conquiritur singulorum.

[20]) Eriks S. L. Æn havær han nokær jorth førræ køpt thær han havær æy takit Skøtning a før æn han far hænnæ, ok vorthær hun sithæn hanum skøt, tha ær hun bæggæ theræ, forty at han attæ hænnæ æy førræ tilfuls æn hun varth hanum skøt. Vergl. Eckenberg Repert. 5. V. Skjøde; Blüting Gl. zu I 6 S. 30.

[21]) Verordn. v. 18. Juni 1777 § 5, während der Ehe erkauften oder sonst erworbenen Gute.

Gesetze dasjenige Land ausgenommen, welches einem Ehegatten von Vater oder Mutter oder Anderen, deren gesetzlicher Erbe er ist, geschenkt wird [22]). Jedenfalls ging nun Paulsen zu weit, wenn er deshalb alles von Familiengliedern auf irgend eine Art, selbst durch Kauf, erworbene Land als Erbland behandelt haben wollte [23]). Der von ihm angeführte rationelle Grund, „daß das von der eigenen Familie auf irgend eine Art, auch durch Kauf, erworbene Land nicht aus der Familienverbindung herauskam und daher nicht gemeinschaftlich werden konnte", ist theils nicht richtig, indem auch das von einem Verwandten unter Beobachtung der gesetzlichen Vorschriften, mithin insbesondere mit Einwilligung der nächsten Erben, gekaufte Land nicht als Erbland behandelt werden konnte [24]), theils würde derselbe doch nicht zutreffend sein, da das Recht der Familie, wenn auch die historische Veranlassung zu der Ausschließung des Erblandes von der Gütergemeinschaft, so doch nicht das Entscheidende in Betreff des Umfangs war, wie denn bei der Entstehung der Gemeinschaft nicht allein das Erbland, sondern alles vorhandene Land ausgeschlossen ist. Auch das Seeländische Gesetz, auf welches Paulsen sich als Beweisgrund berief, spricht nur von demjenigen Lande, welches dem Ehegatten von solchen Verwandten, deren gesetzlicher Erbe er sei, geschenkt worden. Hiernach und mit Rücksicht auf die in Betreff der Collationspflicht geltenden Regeln wird man annehmen müssen, daß dasjenige Land, welches dem einen Ehegatten während der Ehe von einem Ascendenten auf seinen demnächstigen Erbtheil vorausgegeben und auf diesen einzurechnen ist, oder von anderen Verwandten, welche der Ehegatte auch ab intestato würde beerbt haben, dem vererbten

---

[22]) E. S. L. I 24 at alt thæt thær thæm vorthær givæn jorth .. tha ær hun al sum køpæ jorth, forutæn at fathær æller Mothær givær thæm æller annær thæn thær the varæ ræt arftakæræ æftær, tha star thæt thæm for fæthrænæ.

[23]) Staatsb. Mag. II 336 (29), Lehrb. 1ste Ausg. § 143.

[24]) Vergl. Verordn. vom 15. Juli 1746 § 5.

gleichzustellen und von der Gütergemeinschaft auszuschließen ist [25]). Zur Bestätigung dieser Annahme dient auch das dem Ehemanne in Betreff des Kauflandes zustehende Vorrecht, vermöge dessen er dasselbe nach beerbter Ehe allein und mit Ausschließung der Kinder behält. Nicht wohl zu erklären und mit den älteren Regeln über Erbland zu vereinigen würde es sein, wenn dieses Vorrecht dem Ehemanne auch in Beziehung auf das auf solche Weise von der Frau erworbene Land zustände. Eine ähnliche Unterscheidung erscheint auch in Betreff des durch Testament geerbten Landes als gerechtfertigt, so daß man dieses dann dem Erblande gleichstellt und als Sondergut behandelt, wenn der Ehegatte den Disponenten auch als Intestaterbe würde beerbt haben [26]). Jedenfalls ist es in mehrfacher Beziehung nicht richtig, wenn Falk Handb. IV. 444 nur das seit Eingehung der Ehe gekaufte oder in Folge eines Kaufcontracts erworbene Land zu den Gegenständen der Gemeinschaft rechnet und dagegen lediglich das Erbland als von derselben ausgeschlossen anführt, indem vielmehr alles während der Ehe erworbene Land, außer dem ererbten und nach Obigem demselben gleichzuachtenden, in die Gemeinschaft fällt und alles vor der Ehe erworbene, es mag Erbland sein oder nicht, von derselben ausgeschlossen ist. Eine Selbstfolge dieser letzten Regel aber ist es, daß das aus einer früheren Ehe herrührende Land, auch wenn es nicht geerbtes, sondern Kaufland war, in einer späteren Ehe als eingebrachtes nicht in die Gemeinschaft fällt [27]). So wie es übrigens in Betreff des während der Ehe

---

[25]) Auch der Ausdruck in der 2ten Ausg. von Paulsen's Lehrb. § 144 „von Nichtverwandten gegebene Land" ist noch zu weit.

[26]) So schon der Verf. einiger Abhandl. zur Erläut. des J. L. I § 6 S. 9; vergl. Schrader Hdb. II 77 Anm. d. Paulsen a. a. O. geht auch hier weiter, indem er alles durch das Testament irgend eines Verwandten erhaltene Land zum Sondergute rechnet.

[27]) J. L. I 6 § 6–9 hafr the køpt nokær iord sithen there fælægh var laght. E. S. L. I 5, 6. køpæ jorth af the thær køpt warth sithæn the komæ samæn; 10, 11, 12 æn takær han sithæn annæn frughæ, tha hørær

erworbenen Vermögens überhaupt gleichgültig ist, ob es von dem Manne oder von der Frau oder von beiden zusammen erworben wird, so kommt auch bei dem Grundeigenthum nichts darauf an, auf wessen Namen die Erwerbsurkunde lautet oder das Grundstück in den Grundbüchern, Schuld- und Pfandprotocollen zc. umgeschrieben wird, insofern nicht bei Zuwendungen Dritter durch Geschenke oder Testamente ausdrücklich bestimmt wird, daß das Zugewandte ausschließliches Eigenthum des einen Ehegatten bleiben und nicht in die Gütergemeinschaft fallen solle. Auch auf die Beschaffenheit des Grundeigenthums kommt es nicht an, ob es einzelne, für sich bestehende, theilbare Landstücke sind, oder ob es ein zusammengehörender und untheilbarer Besitz ist, wie die Bondengüter, oder etwa Erbpachtland [28]). Solche Verschiedenheiten kommen allerdings bei der Auftheilung der Gemeinschaft in Betracht, auf die hier behandelte Frage über den Gegenstand derselben sind sie ohne Einfluß. Dagegen kann bei Festeländereien nach den von diesen geltenden Regeln nicht dasselbe angenommen, vielmehr müssen diese regelmäßig als Sondergut des Ehegatten, welcher sie erwirbt, angesehen werden, wie dieses auch in der Verordnung vom 14ten April 1766 § 7 und 10 nicht allein in Betreff der von dem Manne oder der Frau ererbten, sondern auch der auf andere Weise von ihnen erworbenen Festgüter, ohne Unterscheidung, ob der Erwerb vor oder während der Ehe geschieht, enthalten ist. Bei diesen wird es daher auf die von dem Obereigenthümer ertheilte Einwilligung und den Festebrief ankommen und nur in dem, wenn gleich möglichen, so doch

---

hænnæ ikky af the køpæjorth thær førræ worth fangæn æn hun fik bondæn.

And. Sunesen cap. 4 immobilia a tempore nuptiarum pretio comparata.

28) Verordn. v. 18. Juni 1776 § 5; s. das bei Esmarch Erbr. § 15 angeführte Erkenntniß von 1815; was dort bei allgemeiner Gütergemeinschaft in Betreff der in die Ehe eingebrachten Erbpachthöfe angenommen ward, dasselbe gilt im Gebiete des Jütschen Lovs bei während der Ehe erworbenen.

gewiß seltenen Falle [29]), daß der Festebrief auf beide Ehegatten ausgestellt ist, kann eine Gemeinschaft eintreten.

---

§ 13.

Umfang. 3. Arvebet.

3) Das während der Ehe auf einer Seite geerbte bewegliche Vermögen fällt in die Gemeinschaft, wenn auch auf der anderen Seite etwas geerbt wird.

Daß das während der Ehe von einem Ehegatten geerbte bewegliche Vermögen regelmäßig nicht in die Gemeinschaft fällt, obgleich bei dem in die Ehe eingebrachten nicht darauf gesehen wird, ob es ererbt oder auf andere Weise erworben ist, ist allerdings auffallend [30]) und bestätigt, worauf auch die in Betreff des Landes geltenden Regeln hindeuten, daß überhaupt das güterrechtliche Verhältniß der Ehegatten nicht nach bestimmten Grundsätzen, sondern allmählich durch Herkommen sich ausgebildet hat. Bei dem in die Ehe eingebrachten beweglichen Gute wäre auch eine Unterscheidung des ererbten und auf andere Weise erworbenen praktisch nicht wohl ausführbar gewesen, wogegen der Ausscheidung des während der Ehe Geerbten ein solches praktisches Hinderniß nicht im Wege stand. — Eine den Dänischen Gesetzbüchern und jetzt dem Gebiete des Jütschen Lovs eigenthümliche Regel aber ist es, daß „ein Erbe das andere gewinnt" (Arf beter [31]) Arf, Arvebet) d. h. daß das während der Ehe von dem einen Ehegatten geerbte bewegliche Gut in die Gemeinschaft

---

29) Vergl. Rentekammerschr. v. 4ten Juni 1842.

30) Ancher saml. Skr. II 357 Anm., 366 ff. Paulsen im staatsb. Mag. II 337 (30). Falk Handb. IV 466 ff.

31) Ancher in s. Ausg. des J. L. S. 301 erklärt das at bete oder at bite durch at fratage oder formindske, von dem Isländischen at bita; Rosenvinge in s. Ausg. v. E. S. L. S. 337 von at binde, also zusammenfügen oder vereinigen.

fällt, wenn auch der Ehegatte etwas erbt oder ein Erbe dem anderen entgegenkommt. Diese Regel findet sich in allen Gesetzbüchern der verschiedenen dänischen Rechtsgebiete, doch mit einigen Verschiedenheiten. Nach dem Schonischen Gesetzbuch mußte die Erbschaft, damit sie das Arvebet bewirke, wenigstens drei Mark Silber betragen und jede Erbschaft zog auch nur eine einzelne Erbschaft des anderen Ehegatten an sich, so daß mithin das Arvebet wiederholt während der Ehe eintreten konnte [32]). Das Seeländische Gesetz dagegen fordert eine Erbschaft von wenigstens 1 Mark Silber, um als Lavarv das Arvebet zu bewirken, läßt dann aber dadurch alle dem anderen Ehegatten bis dahin zugefallenen Erbschaften gemeinschaftlich werden, wogegen eine später erworbene neue Erbschaft wieder aufs neue durch eine entgegenkommende auf der anderen Seite gewonnen werden mußte [33]). Diese Beschränkungen sind dem Jütschen Lov fremd, welches vielmehr I. 17 allgemein und unbedingt das Arvebet eintreten läßt, ohne daß es auf die Größe oder auf die Zahl der von dem einen oder anderen Ehegatten erworbenen Erbschaften ankommt (hvræ mykit sum han ær annæn vægh), so daß, wenn einmal etwas auf der einen Seite geerbt ist, nun auch alle auf der anderen Seite vorher oder nachher erworbenen Erbschaften gemeinschaftlich werden. Ebenso wenig kommt es auf die Art oder Nähe der Verwandt-

---

[32]) Sk. L. II 3. And. Sunesen cap. 4. nova hereditas, quae post contractas nuptias alteri accessit conjugum, suos semper dominos comitatur, nisi ... hereditatem, licet uberiorem, vel hereditates, exceptis immobilibus, primo objecta hereditas, haud tribus marcis exilior, ad partitionis pertrahat rationem. Eodem modo quotcunque de novo sibi delatae occurrerint hereditates, numero pares, licet censu sint impares, compensantur.

[33]) E. S. L. I 30: Æn warthær at Bondæn ærvær twa arvæ ællær thre ællær fleræ, ok ærvær hun en ofnæ the, tha iæfnæs the ok allæ; ok frughæn ærvær en ofnæ thæm, tha iæfnæ thæn enæ allæ hinæ andræ, far hun ymi sithæn hun havær the inærst, tha havær hun thæn forlotæs; III 33. V. S. L. I 1 § 18, 19. Arveb. 27, 28. Vergl. Ancher a. a. O. 367 Anm.

schaft an. Zwar läßt Thor Degn[34]) das Arvebet nur bei dem nach Seitenverwandten geerbten Vermögen eintreten, so daß das nach Ascendenten und Descendenten Geerbte stets Sondergut bliebe, welches Blüting[35]) irrig geradezu umgekehrt so versteht, als werde das von Ascendenten und Descendenten geerbte bewegliche Gut immer, auch ohne Arvebet, gemeinschaftlich, welche Erklärung sowohl durch die Natur der Sache, als durch die Erwähnung der unbeweglichen Erbgüter ausgeschlossen wird. Eine solche Beschränkung aber ist weder gesetzlich begründet, noch hat sie in die Praxis Eingang gefunden.

Wenn es nun gleich, wie oben bemerkt, gleichgültig ist, wie viel von der einen oder andern Seite durch Erbschaft gewonnen ist, so wird doch zum Arvebet vorausgesetzt, daß wirkich etwas geerbt ist und es ist daher der Beweis, daß ein Erbfall stattgefunden hat, nicht hinreichend[36]). Zwar ist die Frage, ob der vor der Ehe erfolgte Anfall einer Erbschaft an sich hinreichend sei, damit diese der Gemeinschaft zufalle, oben bejahend beantwortet worden, und es könnte als eine Forderung der Consequenz erscheinen, auch in Betreff der hier vorliegenden Frage es lediglich auf den Anfall ankommen zu lassen und diesen als entscheidend anzusehen. Die beiden Fälle sind jedoch in mehrfacher Beziehung sehr verschieden. Bei dem vor der Ehe angefallenen Erbe nämlich ist die Frage lediglich die, ob das durch den Erbfall erworbene Recht in die Gemeinschaft fällt, indem alles vor der Ehe auch durch Erbschaft Erworbene, mit Ausnahme des Landes, gemeinschaftlich wird und es daher nur darauf ankommt, inwiefern durch einen solchen Anfall ein

---

34) Bei Rosenvinge A. 19, B. 22, C. 40. Item Arff bethær Arff, illud non est servandum in terris nec in bonis mobilibus, quae post patrem et matrem, avam vel avam hereditario jure percipiuntur, sed in hereditate bonorum mobilium, quaea latere contingit ... usque ad quartam lineam. Vergl. Ancher S. 358 Anm.

35) Gl. zu I 17 S. 71.

36) Paulsen Lehrb. § 144 Anm. 5. S. H. Ang. 1846 S. 48.

übertragbares Recht wirklich erworben ist. Das während der Ehe ererbte Vermögen dagegen wird nur dann gemeinschaftlich, wenn auch der andere Ehegatte während der Ehe etwas geerbt hat; es ist die Gemeinschaftlichkeit gegenseitig von der Voraussetzung abhängig, daß von beiden Seiten während der Ehe Etwas durch Erbschaft erworben und eingebracht ist, von beiden Seiten muß auf diese Weise etwas in das Gemeingut hineingekommen sein. Dieses geschieht aber nicht durch den bloßen Anfall einer Erbschaft, namentlich nicht in dem Falle, wenn Vater oder Mutter des einen Ehegatten stirbt, der nachlebende parens aber in ungetheilten Gütern sitzen bleibt und dieses Verhältniß noch bei dem Ende der Ehe jenes Kindes fortdauert. So lange diese fortgesetzte Gemeinschaft besteht, ist es immer noch ungewiß, ob die angefallene Erbschaft wirklich einen reellen Erwerb zur Folge hat, da theils durch zufällige Umstände und durch die dem parens zustehende Disposition das Gesammtgut hinschwinden, theils auch noch immer das Erbe ausgeschlagen werden kann. Es hat daher das gegenseitige Gewinnen des Erbes, Arvebet, nicht eintreten können, vielmehr ist das von dem einen Ehegatten wirklich eingebrachte Erbe der Substanz nach dessen Sondergut geblieben und ebenso muß deshalb auch das dem anderen Ehegatten angefallene Erbe als zu dessen Sondervermögen gehörend angesehen werden. Der Ehemann hat es zwar in einem solchen Falle in seiner Gewalt, entweder für sich selbst oder zufolge der ehelichen Vormundschaft die Auftheilung des elterlichen Gesammtgutes und damit die Festsetzung des väterlichen oder mütterlichen Erbes, so wie die Auslieferung desselben zu verlangen und auf diese Weise den Eintritt des Arvebets herbeizuführen. Um so weniger ist, wenn er dieses unterlassen hat, für ihn oder seine Erben ein Grund zur Beschwerde, wenn deshalb die Voraussetzungen der Gemeinschaftlichkeit des von der Frau während der Ehe eingebrachten Erbgutes oder des ihr angefallenen väterlichen oder mütterlichen Erbes nicht eingetreten sind. Aber auch die Frau oder deren Erben werden in einem solchen Falle bei der Auftheilung des Gemeingutes mit den Erben des Mannes oder

diesem selbst zu einer Theilnahme an dem von ihm Geerbten oder ihm angefallenen Erbe nicht berechtigt sein, da jene Voraussetzung nicht eingetreten war und solches von dem freien Willen des Ehemannes abhing. Wenn daher auch nach dem Tode des einen Ehegatten sich ein reeller Betrag des, sei es diesem oder dem nachlebenden Ehegatten während der Ehe angefallenen Erbes ergiebt, so kann doch weder von der einen noch von der andern Seite eine Zuziehung dieses oder des von dem anderen Ehegatten wirklich eingebrachten Erbgutes verlangt werden. Noch weniger kann dieses in anderen Fällen einer angefallenen Erbschaft angenommen werden, wo aus anderen von dem Willen des Erben unabhängigen Gründen eine Realisirung des Erbrechts nicht stattgefunden hat.

Die Beschränkung des Arvebets auf bewegliches Vermögen ist bisher vorausgesetzt worden, wenn gleich dieselbe da, wo in dem Jütschen Lov von diesem Verhältniß die Rede ist, nicht ausdrücklich hinzugefügt, dort vielmehr nur von Erbe gesprochen wird. Es ist aber auch jene Beschränkung außer allem Zweifel, indem das unbewegliche Erbgut, es mochte vor oder während der Ehe geerbt sein, auf keinen Fall gemeinschaftlich werden konnte; auch ergiebt es sich gradezu aus den Bestimmungen in I. 6, wo das Erbland immer allgemein ausgenommen wird [37].

Mit den Worten im J. L. I. 17: „i allæ skiftæ ist wahrscheinlich darauf hingedeutet, daß das Arvebet nicht allein bei der regelmäßigen Gemeinschaft zwischen Mann und Frau, sondern auch bei einer erweiterten Gemeinschaft mit Schwieger- oder Stiefkindern eintritt, wie solches aus V. S. L. I. 1 § 19, 20, 21, I. 2, 7, 8, Arveb. 28, 29, 30, 45, 46 hervorgeht, vergl. Blüting Gl. zu I. 17 S. 72.

---

[37]) Vergl. Thor Degn o. Anm. 34 illud non est servandum in terris. And. Sunesen cap. 4 (o. Aum. 32) exceptis immobilibus; E. S. L. I. 30. Æn jorth haldær ehvær sum ærft havær siælf, thæt gar up til hværs thæræ fæthrænæ. Ancher a. a. O. S. 367. Paulsen im staatsb. Mag. II. 336 (30). Esmarch Erbr. § 8 Anm. 5.

§ 14.

Rechtsverhältniß.

Das Gemeingut ist während der Ehe der ausschließlichen und unbeschränkten Verwaltung und Verfügung des Ehemannes unterworfen, welcher darüber, wie über sein eigenes Vermögen, zu schalten und zur alleinigen Vertretung desselben sowohl in als außer Gericht befugt ist. So wenig wie dagegen die Frau zu irgend einer Disposition ohne Einwilligung des Mannes befugt ist [38]), ebensowenig kann sie durch einen Einspruch irgend einer Art ihn rechtlich an derartigen Handlungen hindern, so lange nicht die Umstände der Art sind, daß dadurch ein Antrag auf Prodigalitätserklärung begründet wird. In einem solchen Falle geht denn die Verwaltung des Vermögens nach den von der cura prodigi überhaupt geltenden Regeln auf den gerichtlich zu bestellenden Curator über. Dasselbe tritt auch dann ein, wenn wegen Abwesenheit [39]) oder Gemüths-

---

[38]) Vergl. E. S. L. III. 35. Sk. L. VII. 15 (IX. 22). And. Sunesen cap. 96: Jus permittit uxorem alienare rem valentem Ydenarios et nihil amplius ignorante marito. Rosenvinge Retshist. I. 156.

[39]) S. H. Anz. 1839 S. 49 ff.: „In Erwägung, daß die Ehefrau, so lange die Ehe entweder factisch fortdauert oder gesetzlich als noch bestehend anzusehen ist, nicht befugt ist, sich die ausschließlich dem Ehemanne zustehenden, in dessen Ehevogtschaft begründeten Dispositions- und Administrationsrechte anzumaßen, vielmehr ihre, während gesetzlich annoch fortdauernder Ehe ruhenden Rechte erst mit wirklicher Trennung derselben iu ausübende Wirksamkeit treten; so wie in Erwägung, daß sie aus eben diesem Grunde auch in Abwesenheit oder bei anderen Verhinderungsfällen ihres Ehemannes nicht ipso jure in die Verwaltung des gemeinschaftlichen Vermögens für ihn eintreten und eben so wenig durch Beiordnung von Geschlechts-Curatoren und Assistenten dazu befähigt erscheinen könne, indem Letztere eine getrennte Ehe und die Existenz unmündiger vaterloser Kinder voraussetzen, für deren Interesse sie nach getrennter Ehe während der von der Mutter mit den Kindern fortgesetzten Gütergemeinschaft zu vigiliren und die Controle auszuüben haben; so wie endlich in Erwägung, daß mit diesen Grundsätzen die Verordnung vom 9ten November 1798, betreffend die Rechte der Abwesenden in Absicht des von ihnen zurückgelassenen und ihnen nach ihrer Entfernung angefallenen Vermögens,

krankheit [40]) des Ehemannes die Verwaltung und Vertretung des Vermögens durch ihn selbst ausgeschlossen ist. Zwar wird in solchen Fällen eine erweiterte Wirksamkeit der Ehefrau in allen die Hauswirthschaft betreffenden Angelegenheiten eintreten und anerkannt werden müssen, so wie sie auch in persönlichen Angelegenheiten mit einem gewöhnlichen Curator vor Gericht wird auftreten können, die eigentliche Verwaltung und Vertretung des Vermögens aber geht nicht auf sie über, sondern wird von dem gerichtlich bestellten Curator nach den für solche Curatelen geltenden Regeln ausgeübt. — Inwiefern bei einer Abwesenheit des Mannes, wo die Voraussetzungen zu der Anordnung einer cura absentis nicht vorhanden sind, eine stillschweigende Einwilligung des Mannes zur Abschließung von Rechtsgeschäften oder zur Führung von Processen angenommen werden kann, hängt von den Umständen des einzelnen Falles ab und läßt sich nicht durch allgemeine Regeln bestimmen [41]).

übereinstimmt, indem sie zwar, insofern sich Jemand vermöge einer vorhandenen Gemeinschaft in dem rechtmäßigen Mitbesitz der Güter befindet, keine Störung desselben durch Versiegelung eintreten, jedoch ebensowenig das Administrationsrecht auf den Mitbesitzer übergehen läßt, vielmehr ausdrücklich vorschreibt, daß in den Fällen, wenn von dem Abwesenden selbst keine desfalsige Verfügungen getroffen sind, ein curatorabsentis unter Verpflichtung zur Rechnungsablegung, behuf der von der Obrigkeit auszuübenden Oberaufsicht über die Administration des der Verwaltung des Curators unterliegenden Vermögens bestellt werden solle, welche Anordnung mit dem von der Appellantin behaupteten Administrationsrecht in geradem Widerspruch steht."

40) S. H. Anz. 1838 S. 248.

41) Vergl. Falk Hdb. IV. 400, V. 127.

Dritter Abschnitt.

Das Sondergut.

§ 15.

1. Das Land.

Das Sondergut der einzelnen Ehegatten wird, wie sich schon aus den vorhergehenden Ausführungen in Betreff des Gemeingutes ergiebt, regelmäßig gebildet 1) aus dem von dem einen oder anderen Ehegatten in die Ehe eingebrachten oder während der Ehe geerbten Lande [1]), und 2) aus dem während der Ehe geerbten beweglichen Vermögen, insofern nicht auch der andere Ehegatte etwas geerbt hat und dadurch beides gemeinschaftlich geworden ist.

1) Daß das Land, welches der eine Ehegatte vor Eingehung der Ehe erworben hat, nicht in die Gemeinschaft fällt, hat seinen historischen Grund ohne Zweifel in dem der Familie in älterer Zeit an dem Grundeigenthum zustehenden Rechte. Ohne Einwilligung der nächsten Erben konnten daran dem anderen Ehegatten keine Rechte eingeräumt werden; das Ver-

---

[1]) Sk. L. I. 7 ... til halfnæthæ køpæiorth ok bolsæ, annær iorth gangæ til rætræ arsæ; 22, 25, 26. And. Sunesen cap. 4: Huic divitioni etiam immobilia subiacent a tempore nuptiarum pretio comparata. Alia praedia ... suos semper dominos comitantur; cap. 13 terram precio comparatam — patrimonialem. E. S. L. I. 28, 29. J. L. I. 6 § 1, 4; 16 § 2 thæt fæthærn ok thæt møthærn ok thæt køpæiord; I. 35, 40.

hältniß der ehelichen Gütergemeinschaft ist zunächst aus solchen vertragsmäßigen Bestimmungen hervorgegangen. Wenn aber gleich dieses Recht der Familie an dem Grundeigenthum die Veranlassung zu jener Einschränkung der ehelichen Gütergemeinschaft gegeben hat, so sind doch die den Umfang jenes Rechts betreffenden Regeln für dieses Verhältniß nicht maaßgebend gewesen und die in Beziehung auf jenes eingetretenen Veränderungen ohne Einfluß auf den Umfang der Gütergemeinschaft geblieben. Das Recht der nächsten Erben umfaßte in älterer Zeit alles Grundeigenthum ohne Rücksicht auf die Erwerbsart, schon frühe indessen ward es auf Erbland beschränkt; desungeachtet ist die Regel, daß alles Land, welches ein Ehegatte, einerlei ob vermöge Erbrechts oder auf andere Weise, vor Eingehung der Ehe erworben hat, von der Gütergemeinschaft ausgeschlossen ist und Sondergut bleibt, stehen geblieben und darin ist auch durch die später erfolgte Aufhebung des Beispruchsrechts der Erben und des Unterschiedes zwischen Erb- und wohlgewonnenen Gütern in Beziehung auf die Dispositionsbefugniß nichts verändert worden.

Von dem während der Ehe erworbenen Lande dagegen ist nur das Erbland von der Gemeinschaft ausgenommen; das übrige, dem Erblande als Kaufland entgegengesetzt, wird gemeinschaftlich. Wenn nun gleich dabei offenbar der Begriff des Erbgutes und dessen Unterscheidung von dem wohlgewonnenen Gute zum Grunde liegt, so ist doch auch jene Regel unverändert stehen geblieben, ungeachtet dieser Unterschied in Beziehung auf die Dispositionsfreiheit aufgehoben worden ist, indem dieses keinen Einfluß, wie nach der ausdrücklichen Vorschrift des Gesetzes auf die Intestaterbfolge, so auch auf die güterrechtlichen Verhältnisse der Ehegatten gehabt hat [2]). Eben deshalb aber müssen zur Beantwortung der Frage, was als Erbland Sondergut bleibt und was als Kaufland in die Gemeinschaft fällt, auch jetzt die früheren Regeln in Betreff jenes

---

[2]) Verordn. v. 23ten Novbr. 1798. Vgl. Paulsen im staatsb. Mag. II. 337 (30).

Unterschiedes des Erbgutes und des wohlgewonnenen Gutes zur Anwendung kommen. Daher muß denn auch, wie schon früher bemerkt worden ist, als Erbland auch dasjenige Land angesehen werden, welches einem Ehegatten von solchen Verwandten, welche er ab intestato würde beerbt haben, auf seinen Erbtheil vorausgegeben worden ist, und aus demselben Grunde kann man auch nur das aus Testamenten solcher Verwandten erworbene Land von der Gemeinschaft als Sondergut ausschließen, indem hier überhaupt die Intestaterbfolge die Grundlage bildet und es zu einer weiteren Ausdehnung auf das durch Testamente Erworbene an den nothwendigen Voraussetzungen, insbesondere der Gleichheit des Grundes, mangelt [3]).

Auf die Beschaffenheit des Grundeigenthums kommt es auch hier nicht an und es ist gleichgültig, ob es Bonden- oder Festeland oder auch Erbpachtland ist, indem auch bei dem letzteren von unserer Gesetzgebung ein unvollkommenes Eigenthum angenommen wird [4]). Die von einem Ehegatten in die Ehe eingebrachten oder während derselben ererbten Erbpachtstücke bleiben daher gleichfalls dessen Sondergut.

Daß das für Erbland eingetauschte Land an die Stelle jenes tritt und Sondergut wird, versteht sich von selbst; dasselbe ist auch dann der Fall, wenn Erbland verkauft und mit dem Kaufgelde wieder anderes Land gekauft ist, obgleich das Kaufgeld, wenn es nicht wieder in Land angelegt wird, in die Gemeinschaft fällt [5]). Dagegen fehlt es an einem hin-

---

[3]) s. o. § 12 Anm 26.

[4]) Verordn. v. 9ten Juli 1813 § 3: Eigenthümer der Ländereien, worunter auch Parcellisten, Erbpächter und Festebesitzer begriffen werden. Verordn. vom 15ten Mai 1834 § 2 den vollen Eigenthümern werden — auch die Erbpächter und die Festebesitzer gleichgeachtet. Vergl. Paulsen Lehrb § 44. Falk V. 147, 214 ff. Esmarch bürg. R. § 52. S. o. § 12 Anm. 28.

[5]) J. L. I. 40. Sæl Man sin iord for rætæ Pænning of warthær æi laghi iord, thæt thær i iord kumær wæræ iord, thæt i Pænning warthær funnæt wæræ bofæ. Vergl. E. S. L. I. 23 ællær at han skiftær bort sin jorth ællær sin konæ jorth. Nach E S. L.

reichenden Grunde, mit Blüting[6]) das vor der Ehe auf Wiederkauf verkaufte und während der Ehe wieder eingekaufte Land als Erbland zu behandeln, so wie dieses eben so wenig in Betreff des zufolge eines vertragsmäßigen Vorkaufsrechts gekauften Landes angenommen werden kann.

---

§ 16.

2. Das bewegliche Erbgut.

2) Das während der Ehe von einem Ehegatten geerbte bewegliche Vermögen bleibt, mit der oben angegebenen Ausnahme des Arvebets, Sondergut desselben, ohne daß es dabei auf die Art oder den Grad der Verwandtschaft mit dem Erblasser ankommt[7]). Der Verfasser einiger „juristischen Abhandlungen zur Erläuterung des Jütschen Lovbuchs" (Schleswig 1772) I. S. 31 ff. nahm an, daß auch das während der Ehe geerbte bewegliche Gut bei beerbter Ehe gemeinschaftlich werde und nur bei unbeerbter Ehe Sondergut des einzelnen Ehegatten bleibe und als solches von diesem oder dessen Erben bei der Austheilung herausgenommen würde. Sein Grund war lediglich der, daß, falls dieses in Betreff der von dem Manne geerbten Mobilien gelte, dasselbe wegen der nothwendigen Reciprocität auch bei den der Frau zugefallenen eintreten müsse, dieses aber bei beerbter Ehe unmöglich angenommen

---

I. 36 und Sk. L. I. 13, II. 2 ward der Kaufpreis nicht gemeinschaftlich; And. Sunesen cap. 5: Si quid tamen de pretio mariti remanere constiterit inconsumptum, ipsi vel eius heredi relinquitur indivisum, 6.

[6]) Gl. zu I. S. 31. Vergl. das Erkenntniß des Porrenkogsgerichts von 1615 in m. Schr. S. 243.

[7]) J. L. I. 17. Æn finnæs æi arf arf igen tha a hvær sin arf ut fyrst. — Erkenntniß v. 30ten Decbr. 1606 „von Vater, Mutter, Bruder, Schwester und andern Freunden in stehender Ehe geerbet", und vom 16ten März 1635 was der Bekl. in wehrender Ehe angeerbet, es wäre denn daß ihr verstorbener Ehemann auch etwas zugeerbet."

werden könne, weil er besten Kindestheil von dem Lande der Frau erhalte und ihm in Betreff ihres Erblandes nicht größere Rechte zustehen könnten, als an den von ihr geerbten Mobilien. Da indessen gerade in Betreff des Erblandes eine Reciprocität nicht Statt findet, indem zwar dem Manne ein bester Kindestheil von dem Lande der Frau als Erbtheil zufällt, nicht umgekehrt der Frau von dem Lande des Mannes, so würde jener Grund auch nur auf ein gleiches Miterbrecht des Mannes an dem von der Frau während der Ehe geerbten beweglichen Vermögen schließen lassen (s. darüber unten bei der Theilung), nicht aber darauf, daß solches Vermögen überhaupt bei beerbter Ehe in die Gemeinschaft falle. Im Jütschen Lov ist, wo die Theilung nach dem Tode des Mannes oder der Frau, sowohl bei beerbter als bei unbeerbter Ehe, abgehandelt wird (I. 6 § 1-5), von dem während der Ehe geerbten beweglichen Gute überall nicht die Rede, und nur im Cap. 17 wird ganz allgemein die Regel des Arvebets angegeben und dann hinzugefügt, daß, wenn dieses nicht eintrete, jeder sein geerbtes Gut erst herausnehme, wenn es nicht ausdrücklich in die Gemeinschaft gelegt sei, ohne daß dabei ein Unterschied zwischen beerbter und unbeerbter Ehe irgend angedeutet würde [8]. Genauere Bestimmungen enthalten darüber das Schonische und das ältere Seeländische Gesetzbuch, aus welchen sich geradezu ergiebt, daß der Regel nach sowohl bei beerbter als bei unbeerbter Ehe die Gemeinschaftlichkeit derartigen beweglichen Erbgutes nicht eintrat [9], und eben so wenig ist in dem neueren Seeländischen Gesetze [10] von einer solchen Unterscheidung die Rede.

Offenbar liegt auch der Ausscheidung des während der Ehe geerbten beweglichen Vermögens der allgemeinere Unterschied zwischen dem Erbgute und dem wohlgewonnenen Gute zum Grunde; auch erklärt sich die verschiedene Behandlung des

---

8) Vergl. Esmarch Erbr. § 10 Anm. 3; S. H. Anz. 1846 S. 48.

9) Sk. L. I. 7, 23; II. 1. And. Sunesen cap. 4. Vergl. S. L. I. 1 § 10, 11, 18-20; Arveb. 16, 17, 27-29.

10) E. S. L. I. 30, 35-37.

vor der Ehe Geerbten einigermaßen gerade dadurch, daß „regelmäßig in dem bei Anfang der Ehe Eingebrachten ererbtes oder für ererbt zu achtendes Vermögen sich befindet“ [11]), darauf aber, wie viel oder wie wenig von der einen oder anderen Seite eingebracht wird, nichts ankommt und daher auch das während der Ehe Geerbte ohne Rücksicht auf die Größe des dem einen oder anderen Ehegatten zugefallenen Erbes sich gegenseitig anzieht. Eben deshalb aber müssen hier auch zur näheren Bestimmung, was als geerbtes Vermögen anzusehen ist, dieselben Regeln, wie bei der Unterscheidung des Erblandes und des Kauflandes zur Anwendung kommen und man ist namentlich eben so wenig hier, wie dort berechtigt, jene Ausschließung von dem Gemeingute auf das einem Ehegatten durch Testament Zugefallene auszudehnen, wenn nicht derselbe den Erblasser auch ohnehin als Intestaterben würde beerbt haben [12]) oder jener ausdrücklich bestimmt hat, daß das dem einen Ehegatten Zugewandte dessen Sondergut bleiben solle. Denn unstreitig steht es jedem Dritten, welcher ohne rechtliche Nothwendigkeit, sei es durch Schenkung oder durch letztwillige Verfügung einem Ehegatten etwas zuwendet, frei jene Bedingung daran zu knüpfen.

In Betreff des Beweises, daß und wie viel während der Ehe eingeerbt worden ist, wenn dieses demnächst bei der Auftheilung herausverlangt wird, gelten jetzt natürlich die gewöhnlichen Regeln und es muß daher von jeder Seite die behauptete Einbringung bewiesen werden. In älterer Zeit ward es auch in dieser Beziehung regelmäßig dem Beklagten gestattet, sich durch Geschlechtseid (Kjønseed) von dem wider ihn erhobenen Anspruch zu befreien. Im J. L. I. 17 steht in fast allen Handschriften des alten Textes „thæt mæth Witnæsbyrth ær inkumæn“, wofür die neudänische Uebersetzung hat „saa meget han indførte og det vidne med Næfn i Kiøn“ und danach

[11]) Falk IV. 447.

[12]) Paulsen Lehrb. § 144 „während der Ehe nach Verwandten gemachte Erbschaften.“ Schrader Hdb. II. 74, 77.

Eckenberger „so viele he inbrachte unde bewahret dat mit sinem Kjønsœede". Es würde indessen gegen die sonst geltenden Regeln sein, wenn hier der, welcher angebliches Erbgut herausforderte, zum Geschlechtseide zugelassen wäre, da dieses sonst, wie überhaupt regelmäßig dem Beklagten, so in solchen Fällen dem Gegner dessen, welcher etwas eingebracht haben wollte, gestattet wird, so I. 13, 15, 20, und es in I. 16 als eine Ausnahme besonders begründet wird, daß der nachlebende Ehegatte bei einem Streite mit den Kindern wegen väterlichen und mütterlichen Erbgutes immer zum Eide zugelassen wird. So hat denn auch nach Erichs Seel. Ges. I. 35, 36 wegen des von dem Manne oder der Frau angeblich eingebrachten Erbgutes der Gegner den Eid zu leisten, welchem denn nach I. 37 auch gestattet wird, das eingetretene Arvebed und die dadurch erfolgte Ausgleichung durch Zwölfmanneneid zu erhärten [13]).

---

§ 17.

Rechtsverhältniß während der Ehe.

Das Sondergut der Ehegatten steht seiner Substanz nach in keiner Verbindung mit dem Gemeingute und das Eigenthum an demselben wird durch das Verhältniß der Gütergemeinschaft nicht berührt, es bildet vielmehr ein von dem Gemeingute rechtlich durchaus getrenntes, für sich bestehendes Vermögen. Daher wird auch weder das Gemeingut von den an dem Sondergute haftenden Schulden, insofern dem Ehegatten in Betreff derselben keine persönliche Verbindlichkeit obliegt (vgl. Abschr. 3 Anm. 6), noch umgekehrt das Sondergut von den gemeinschaftlichen oder an dem Gemeingute haftenden Schulden berührt, insofern nicht ein persönlicher Verpflichtungsgrund hinzutritt, welcher indirect bewirkt, daß auch das Sondergut dafür angegriffen werden kann. Es erwirbt daher auch der Ehemann durch die zum Sondergute der Ehefrau gehörenden Grundstücke

---

[13]) Vergl. Sk. L. II. 1, 3, 4; And. Sunesen cap. 8.

nicht die einem Eigenthümer zustehenden Rechte, z. B. in Beziehung auf Ausübung eines Wahlrechts [14]) oder auf Befreiung von Cautionsleistung. Jeder Ertrag des Sondergutes dagegen fällt an die Gemeinschaft [15]), möge er in Früchten bestehen oder in Zinsen, Mieth- oder Pachtgeldern 2c., wogegen aber auch die damit verbundenen Ausgaben von der Gemeinschaft abzuhalten sind.

Vermöge der dem Manne zustehenden ehelichen Vormundschaft oder Ehevogtschaft [16]) ist der Ehefrau jede Disposition auch über ihr Sondergut entzogen und jede von ihr ohne seine Einwilligung vorgenommene Veräußerung ist nichtig und kann daher sowohl von ihm, als auch von ihren Gläubigern oder Erben angefochten werden [17]). Nach dem älteren Rechte war zur Veräußerung des Erblandes der Frau auch die Einwilligung des Ehemannes nicht hinreichend, sondern außerdem die Einwilligung ihrer nächsten Erben erforderlich, widrigenfalls diese dieselbe rückgängig machen konnten [18]). Dieses ist nun zwar durch die Aufhebung des Beispruchsrechts und des Unterschiedes zwischen Erb- und wohlgewonnen Gütern hinfällig geworden, so daß zur Gültigkeit der Veräußerung die Einwilligung der nächsten Erben nicht erforderlich ist, die wegen Mangels der Einwilligung des Ehemannes eintretende Ungültigkeit dagegen kann auch von den Erben der Frau geltend gemacht werden.

So wie dagegen der Ehemann in der Dispositionsfreiheit über sein Sondergut durch das Bestehen der Ehe und der ehe-

---

14) Vergl. Collegialtidende 1834 S. 549 ff.

15) J. L. I. 36 § 6 forthy at the æræ skyldugh at føthes af theræ bæggis.

16) Falk IV. 396 ff., 447; staatsb. Mag. III. 711.

17) J. L. III. 44 § 1, 3.

18) Daß im J. L. a. a. O. § 1 im alten Texte nicht æth sondern ok rættæ Arving Willæ gelesen werden muß, geht theils aus dem § 2, theils aus der Natur der Sache hervor, indem weder die Einwilligung des Mannes, noch die der nächsten Erben hinreichen konnte. Vergl. Blüting Gl. S. 61 ff.; Paulsen im staatsb. Mag. II. 340 ff. (34).

lichen Gütergemeinschaft auf keine Weise beschränkt wird, so steht ihm auch vermöge jener ehelichen Vormundschaft die Verwaltung und Vertretung des Sondergutes der Ehefrau in vollem Umfange zu [19]) und auch die Befugniß zur Disposition über dasselbe kann ihm nicht abgesprochen werden. Zwar wird im J. L. I. 35, völlig übereinstimmend mit Erichs Seel. Ges. I. 27, III. 9, gesagt, der Mann dürfe das Land seiner Frau nur verkaufen, wenn er gleich gutes Land dagegen zu setzen habe und die Ehe beerbt sei (utæn han havær emgoth iord with at hætæ og barn with hænnæ) [20]), indessen kann darin keine eigentliche Einschränkung der Dispositionsbefugniß des Ehemannes gefunden werden, indem die Veräußerung, auch wenn jene beiden Voraussetzungen fehlen, keineswegs nichtig ist und von der Ehefrau nicht angefochten werden kann, weder während der Ehe noch nach derselben [21]). Allerdings konnten die nächsten Erben der Ehefrau jede von ihnen nicht genehmigte Landveräußerung anfechten, sie mochte mit oder ohne Einwilligung der Frau geschehen sein, wie die Erben des Mannes dasselbe Recht in Betreff seines Landes hatten. Auf dieses Recht der nächsten Erben allein bezieht sich J. L. III. 44 und ohne Grund leitet Blüting (Gl. zu I. 35 S. 140 ff.) daraus her, daß die Veräußerung nichtig sei und auch von der Frau nach des Mannes Tode angefochten werden könne. Zwar wird dort nur der von der Frau mit Genehmigung des Mannes vorgenommenen Veräußerung erwähnt; was aber von diesem Falle gesagt wird, dasselbe muß auch bei einer von dem Manne selbst vorgenom-

---

19) S. H. Anz. 1846 S. 227.

20) Auffallend ist es, daß Blüting im Erbgangsrecht Cap. 28 die Worte „of ein Kindt mit er" (of barn with hænnæ) für einen Zusatz erklärt, der in den alten dänischen Exemplaren nicht zu finden sei, da dieselben doch in allen bekannten Handschriften sich finden, auch die Unterscheidung der beerbten und unbeerbten Ehe, welche sich ebenso im Schon. Ges. I. 8 und in E. S. G. I. 27, III. 9 findet, wohlbegründet war.

21) Vergl. Paulsen im staatsb. Mag. II. 342 ff. (36). Lehrb. § 145. Krieger Fam. og Arver. S. 33 ff. Ancher saml. Skr. II. 499. Rosenvinge Retshist. II. 13; gamle Domme III. 102, IV. 77.

menen Veräußerung gelten, indem er in Betreff des Landes der Frau durch das ihren nächsten Erben zustehende Recht eben so gebunden war, wie in Betreff seines eigenen Landes durch das Recht seiner nächsten Erben. Vermöge ihre Beispruchsrechts konnten sie jede ohne ihre Einwilligung geschehene Veräußerung rückgängig machen, schon bei Lebzeiten der Frau [22]), und insofern kann man nicht mit Falk (IV. 448) sagen, daß auch die Erben der Frau lediglich Ansprüche auf Entschädigung hatten. Jenes Recht der nächsten Erben aber fiel weg, wenn Kinder vorhanden waren, und darauf bezieht sich jene Unterscheidung der beerbten und unbeerbten Ehe bei der Veräußerungsbefugniß des Ehemannes; durch die Geburt eines Kindes ward diese Befugniß erweitert [23]). Nachdem nun jenes Beispruchsrecht der nächsten Erben überhaupt aufgehoben worden ist, macht es in Beziehung auf die Dispositionsbefugniß des Ehemannes auch über das Land der Frau keinen Unterschied, ob die Ehe beerbt ist oder nicht. Die Ehefrau kann die Handlungen des Mannes überall nicht anfechten und deshalb auch eine ohne ihre Einwilligung geschehene Veräußerung nicht rückgängig machen, weder bei seinen Lebzeiten noch nach seinem Tode [24]); ihr stehen deshalb immer nur Entschädigungsansprüche nach Aufhebung der Ehe bei der Auftheilung zu und zwar kann sie diese Entschädigung, selbst gegen ihre eigenen Kinder, zunächst aus dem Kauflande fordern und, wenn solches nicht hinreichend vorhanden ist, aus dem Erblande des Mannes [25]).

---

[22]) Vergl. das Erkenntniß des Porrenkoggerichts von 1600 in mein. Schr. S. 242 Nr. 3 ... wodorch den de natürliche Erven künftig möchten verkortet werden.

[23]) Vergl. Hasse in Zeitschr. f. geschichtl. Rechtsw. IV. 74 ff., 91 ff., 99. Eichhorn St. und R. Gesch. II. S. 687, III. S. 409 ff.

[24]) Sk. L. I 8, 15. And. Sunesen cap. 5 ... si tamen alienaverit, stabit alienatio, per uxorem, cui non convenit de viro suo conqueri, nullatenus infirmanda.

[25]) J. L. I. 35 § 2, 4. Takæ hun fulling af køpæiord ... æn ær full køpæiord æi til, tha takæ hun fulling af bondæns fæthærn. Sk. L. I. 8–10; E. S. L. III. 9.

Daß sie, wenn beides nicht vorhanden ist, auch aus dem beweglichen Gute die Entschädigung verlangen kann, ist zwar im Jütschen Lov nicht ausdrücklich gesagt, jedoch wohl nur als sich von selbst verstehend vorausgesetzt, indem es theils aus jener Bestimmung, daß selbst das Erbland des Mannes dafür in Anspruch genommen werden kann, theils daraus folgt, daß selbst dem Manne nach J. L. I. 40, wenn er von seinem Lande zur Abhaltung der Ehelasten verkauft hat, eine Entschädigung aus dem Gemeingute zugestanden wird, wie es denn auch im Schonischen Gesetze [26]) ausdrücklich gesagt wird. Zunächst soll sie Erstattung an Land haben, ist aber dieses nicht da, dann wird sie aus dem übrigen Gemeingute entschädigt, wie auf gleiche Weise auch die Wittwe, wenn sie während der mit ihren Kindern fortgesetzten Gütergemeinschaft zum gemeinschaftlichen Nutzen von ihrem eigenen Lande verkauft, nach J. L. I. 29 § 6, 7, zunächst aus dem Kauflande und, wenn solches mangelt, aus dem übrigen Gemeingute Erstattung erhält. Jener Entschädigungsanspruch der Frau fällt jedoch selbstverständlich weg, wenn die Veräußerung aus Noth (for Usæld) oder, wie man wohl anzunehmen berechtigt ist, wegen der auf dem Sondergute der Frau haftenden Schulden geschehen ist [27]). Wo aber ein solcher Grund nicht eintritt, da wird man ihr mit Rücksicht auf jenes Recht auch die Befugniß einräumen müssen, gegen eine vom Manne beabsichtigtigte Veräußerung des Kauflandes oder, wenn dieses nicht vorhanden ist, seines eigenen Landes gerichtlichen Einspruch zu erheben [28]). In den Fällen

---

[26]) I. 9, 10, 14. And. Sunesen cap. 5 ... in terra vel, si terra vel, si terra defuerit, in rebus quibuslibet juste aestimatis recipiet compensationem. — Chr. IV. st. Rec. 1643. II.-7-1. i Kjøbejord, er ey Kiøbejord til, da i Bondens egen Jord eller og i beste Løsøre. M. Schrift S. 69 Nr. 16. Vergl. Paulsen a. a. O. S. 343 (36); Krieger S. 34 Anm. 13.

[27]) J. L. I. 36 § 5; Blüting zu I. 35 S. 141.

[28]) E. S. L. I. 27, III. 9; Blüting a. a. O. Falk IV. 448.

aber, in denen der Frau ein Recht auf eine Entschädigung zugestanden haben würde, steht dasselbe auch, wenn sie vor dem Manne stirbt, ihren Erben zu, doch kann man es wohl nicht den Kindern ihrem Vater gegenüber einräumen, da das Jütsche Lov hierüber nichts enthält, das Schonische Gesetz nur bei unbeerbter Ehe es den Erben der Frau zugesteht und das Seeländische Gesetzbuch, welches sonst den Kindern sogar mehr Rechte einräumt, als die beiden anderen, ihnen dieses ausdrücklich abspricht [29]. — Von jenen beiden im Jütschen Lov angegebenen Voraussetzungen der Befugniß des Ehemannes zur Veräußerung des der Frau gehörenden Landes ist daher die erste, Vorhandensein eigenen Landes von gleichem Werthe, nicht Bedingung der Gültigkeit der ohne Einwilligung der Frau vorgenommenen Veräußerung, sondern nur ein Umstand, bei dessen Mangel die Frau eine beabsichtigte Veräußerung verhindern kann, die zweite aber, die Existenz von Kindern, ist jetzt überhaupt ohne allen Einfluß auf die Dispositionsbefugniß des Ehemannes, indem die Unterscheidung der beerbten und unbeerbten Ehe in dieser Beziehung allein auf dem jetzt weggefallenen Rechte der nächsten Erben beruhte. Es ist demnach die Dispositionsbefugniß des Ehemannes auch in Betreff des Landes der Frau gesetzlich nicht beschränkt, vielmehr wirkt auch in dieser Beziehung die ihm zustehende eheliche Vormundschaft in vollem Umfange. Ebenso steht ihm die Veräußerung des sonstigen Sondergutes der Frau, des während der Ehe geerbten beweglichen Vermögens, unbedingt zu und nur bei den durch Schenkungen oder Testamente ihr zugefallenen Vermögenstheilen würden Beschränkungen Statt finden, insofern solche ausdrücklich dabei zur Bedingung gemacht wären. Da ferner dieses Verwaltungs- und Dispositionsrecht des Ehemannes eine Folge

[29]) Sk. L. I. 10, 12, 14. **And. Sunesen cap. 5 ipsa vel eius heres.** E. S. L. III. 9 tha havæ the børn ... ikky at mælæ with hanum føræn at hanum kombær nokæt ..., forthy at han er mæth al logh gen hans børn.

der Ehevogtschaft, nicht aber der Gütergemeinschaft, sondern unabhängig von dieser ist, so wird daran an sich auch dadurch nichts geändert, daß etwa zufolge errichteter Ehepacten überall keine Gütergemeinschaft Statt findet [30]), insofern nicht ausdrücklich die Befugnisse des Ehemannes in Betreff der Verwaltung und Verfügung über das Vermögen der Frau darin anders festgesetzt sind.

Auch zu der gerichtlichen Vertretung der Ehefrau in Beziehung auf ihr Sondergut ist der Ehemann vermöge der Ehevogtschaft von selbst legitimirt, doch wird jenes Verhältniß dabei auf irgend eine Art angedeutet werden müssen; ob dieses aber dadurch geschieht, daß der Ehemann in ihrem Namen (uxorio nomine) oder die Frau selbst unter Beistand ihres Ehemannes (cum curatore marito) handelt, ist gleichgültig [31]). Dagegen aber wird man der Ehefrau die Befugniß in Fällen, wo die Vertretung durch den Ehemann wegen Abwesenheit oder Geistesschwäche desselben ausgeschlossen ist, selbst mit einem anderen Curator zur Wahrnehmung ihrer Gerechtsame in Betreff ihres Sonderguts vor Gericht aufzutreten, einräumen müssen [32]).

---

§ 18.

Rechtsverhältniß nach Aufhebung der Ehe.

Nach aufgelöster Ehe fällt das Sondergut jedes Ehegatten an ihn oder seine Erben zurück, insoweit es noch vorhanden ist. Das für Erbland eingetauschte Land tritt an die Stelle

---

30) Falk IV. 397 Anm. 24; S. H. Anz. 1838 S. 29.

31) Staatsb. Mag. III. 711; Franke Civilproceß I. 183; Falk IV. 397 ff. S. H. Anz. 1839 S. 55; 1846 S. 224: „Beide Ausdrücke sind als verschiedenartige Bezeichnungen desselben rechtlichen Verhältnisses und insofern als gleichbedeutend zu betrachten, als die eine oder die andere auf eine bestehende Ehevogtschaft hinweist.

32) Vergl. S. H. Anz. 1839 S. 49.

jenes, der Kaufpreis für verkauftes Land fällt in die Gemeinschaft; wenn indessen jener wieder zum Ankauf von Land verwandt wird, so wird dieses nicht als Kauflaud, sondern als an die Stelle des verkauften Erblandes tretend angesehen. Zwar wird dieses ausdrücklich nur von dem Lande des Mannes gesagt [33], man wird aber dasselbe auch für die Frau gelten lassen müssen, vorausgesetzt daß der Mann das Land ausdrücklich für sie kauft, so daß sie in solchem Falle auch den Creditoren des Mannes gegenüber ein Separationsrecht in Betreff dieses gekauften Landes, wie ihres ursprünglichen Erblandes, geltend machen kann. Ist jener Fall nicht vorhanden, sondern das Kaufgeld anderweitig verwandt, so hat, wenn der Mann von seinem Lande verkauft hat und die Verwendung zum Besten der Gemeinschaft oder zur Bestreitung von Ehekosten geschehen ist (othær then i fælægh —, for sin Kost og hans Husfrø), er oder sein Erbe bei der Auftheilung der Gemeinschaft einen Anspruch auf Entschädigung aus dem Kauflande oder, wenn solches nicht hinreichend vorhanden ist, aus dem beweglichen Gemeingute, nicht aber aus dem Sondergute der Frau (that gialdær Husfrø ækki æfter —; ær æi bofæ til, havæ hemægiald) [34]. Der letzteren dagegen steht nach dem bereits früher Angeführten ein Anspruch auf Entschädigung wegen ihres verkauften Landes, in Ermangelung hinreichenden Kauflandes, auch aus dem Erblande des Mannes zu und es gilt daher, wenn sowohl Land des Mannes als der Frau verkauft ist, auch hier die in Erichs Seeländischem Gesetze [35])

---

[33]) s. o. Anm. 5.

[34]) J. L. I. 36 § 4, 40 § 2-4. E. S. L. I. 23, 24. Sk. L. I. 11. 13. And. Sunesen cap. 5. Econtra marito, cui prolibito suis est uti licitum, si quid in quoscunque usus distraxerit, non compensabitur, ab uxore ejus vel ejus heredi ab illius herede. Chr. IV. st. Rec. II.—7—1. Vergl. Blüting Gl. zu I. 40 S. 152 ff., Erbgangsrecht Cap. 25; Ancher a. a. O. II. 500.

[35]) I. 23, 24, of that hværæn swa at frughænnæjorth skal først ful utgangæ of bondæns thærnæst; brøstær nokæt i, tha bristæ i bondæns.

aufgestellte Regel, daß der Entschädigungsanspruch der Frau dem des Mannes vorgehe. Den Anspruch an das Land des Mannes wird man ihr zwar wohl nur zugestehen können, wenn die Veräußerung ohne ihre Einwilligung geschehen ist, wogegen übrigens ihr Entschädigungsanspruch im Allgemeinen, in Betracht des gleichen Rechts des Mannes, davon nicht abhängig gemacht werden kann, insofern nicht die Veräußerung allein zu ihrem Besten oder etwa zur Bezahlung ihrer Schulden geschehen ist. Im J. L. III. 44 wird zwar jener Entschädigung nicht erwähnt [36]), theils aber ist in dem dort erwähnten Falle der von der Frau selbst mit Zustimmung des Mannes vorgenommenen Veräußerung wohl vorausgesetzt, daß diese zu ihrem eigenen Nutzen geschehen sei, theils ist dort überhaupt nur von dem Rechte der nächsten Erben die Rede.

---

§ 19.

Fortsetzung.

Was das übrige Sondergut, das während der Ehe geerbte bewegliche Vermögen betrifft, so versteht es sich freilich von selbst, daß ein eigentliches Separationsrecht, insbesondere den Creditoren gegenüber, nur in Anspruch genommen werden kann, wenn das ererbte Vermögen noch in natura vorhanden ist, und wegfallen muß, wenn dieses Erbgut auf irgend eine Weise verbraucht oder veräußert worden ist [37]). Dagegen kann man den Anspruch des Ehegatten in Betreff jenes Erbgutes bei der Auftheilung der Gemeinschaft nicht darauf beschränken, sondern muß ihm im Allgemeinen das Recht einräumen, den Betrag der Erbschaft vorauszunehmen [38]). Im entgegengesetzten Falle

---

[36]) Esmarch Erbr. § 13 Anm. 5.

[37]) Esmarch Erbr. S. 36.

[38]) Falk IV. 448 ff. Jur. Wochenschr. 1856 S. 69 ff.

würde die Regel, daß eine während der Ehe erworbene Erbschaft nicht in die Gemeinschaft fällt, fast ganz bedeutungslos sein, insbesondere zum Nachtheil der Frau wegen des dem Manne zustehenden Verwaltungs- uns Dispositionsrechts, indem er es zu jeder Zeit völlig in seiner Gewalt haben würde, das Recht der Frau in Betreff dieses Sondergutes aufzuheben. Nicht allein der wirkliche Verbrauch oder eine vollständige Veräußerung würde diese Wirkung haben, sondern auch jeder Umsatz eines geerbten Capitalvermögens oder die Belegung einer baaren Geldsumme, so daß auch diese nur insoweit würde herausgefordert werden können, als das geerbte Geld in natura vorhanden wäre. Schon diese Consequenzen lassen es als unstatthaft erscheinen, jenes Recht auf solche Weise zu beschränken, wozu aber auch kein hinreichender Grund vorhanden ist. Das Sondergut ist ein rechtlich von dem Gemeingute völlig getrenntes und demselben fremdes Vermögen und durch dessen factische Verbindung mit demselben entsteht ein Anspruch auf demnächstige Restitution. Daran wird auch durch das dem Manne an dem Sondergute der Frau zustehende Verwaltungs- und Dispositionsrecht nichts geändert, indem dieses auf der ehelichen Vormundschaft beruht und von dem Verhältnisse der Gütergemeinschaft unabhängig ist, dadurch mithin eben so wenig in dieser Beziehung, als in Betreff des veräußerten Landes der Frau ein Anspruch derselben auf Ersatz ausgeschlossen wird. Dieser aber ist in dem einen wie in dem anderen Falle auf gleiche Weise begründet, indem der Betrag des Sondergutes in dem Gemeingute vorhanden oder zum Besten desselben verwandt worden ist. Im Jütschen Lov I. 17 heißt es nun allgemein: finnæs æi arf arf igen, tha a hvær sin arf ut fyrst alt thet mæth witnæsbyrth ær inkumæn und übereinstimmend damit in allen Uebersetzungen (quilibet tantum recipiat quantum intulit cum testimonio; da bør først hver sin Arf ud, saa meget han indførde; so gehøret einem jeden syn Erve vøruth, so vele he inbrachte). Darin ist durchaus keine solche Beschränkung enthalten, sondern es soll dem Ehegatten alles durch Erbschaft Eingekommene

vorausgegeben werden, ebenso wie in solchen Fällen, wo überhaupt das Vermögen eines Ehegatten Sondergut bleibt, alles Eingebrachte herausgenommen wird, ohne daß es darauf ankommt, ob es in natura restituirt werden kann oder der Betrag desselben (I. 13, 20). Nach der Auflösung der Ehe muß aus dem Gemeingute zunächst alles derselben nicht Angehörende ausgeschieden oder, wenn es in der Gestalt, wie es hineingekommen, nicht vorhanden, sondern zum Vortheil der Gemeinschaft veräußert oder verbraucht ist, der Betrag ausgeliefert werden. Dieses muß als allgemeine Regel in Betreff alles Sondergutes angesehen werden und bei dem Lande ist nur das Besondere, daß zunächst und so weit möglich eine Wiederlage in Land gegeben werden soll, daher vorzugsweise aus dem Kauflande oder dem eigenen Lande des Mannes, subsidiair ein Ersatz aus dem beweglichen Vermögen, wogegen das bewegliche Sondergut natürlich zunächst aus dem letzteren zu restituiren ist. Das Jütsche Lov stellt nur die allgemeine Regel der Restitution auf; ausführlicher ist auch hier das Seeländische Gesetz, welches zunächst von dem Erbgute der Frau (I. 35) und darauf (I. 36 [39]) von dem des Mannes handelt und nähere Regeln angiebt, welche mit den in Betreff des Landes gegebenen übereinstimmen. Für das von der Frau geerbte und eingekommene Vermögen ist der Mann verantwortlich, mithin zur Restitution nöthigenfalls aus seinem Sondergute verpflichtet; eine solche Verpflichtung findet dagegen auf Seiten der Frau nicht Statt, sondern der Mann kann sein Erbgut nur soweit herausfordern, als etwas davon im Gemeingute zurückgeblieben ist (æn ær thæt at arven ær æftær).

Aus den Regeln in Betreff des Sondergutes der Ehegatten und der Entschädigung für verkauftes Erbland ergiebt sich klar, daß die Lasten und Ausgaben der Ehe zunächst vom Gemeingute, darauf von dem Sondergute des Mannes und erst zuletzt subsidiair auch von dem der Frau abzuhalten sind;

---

[39]) Am Schlusse des ersten Satzes ist hier ohne Zweifel die Lesart hennæs (nicht hans) Arvinggy richtig, s. Rosenvinge in s. Ausg. S. 343.

von diesem äußersten Falle, daß beider Ehegatten Erbland aus Noth veräußert werden muß, heißt es im Jütschen Lov I. 36 § 6 „denn sie sollen leben von ihrer beider Gut" (forthy at the æræ skyldugh at føthæs af theræ bæggis) [40].

---

[40]) Vergl. Hasse in Zeitschr. f. gesch. Rechtsw. IV. 67 ff.; Paulsen im staatsb. Mag. II. 344 ff. (37 ff.), Lehrb. § 145 Anm. 9.

Vierter Abschnitt.

Die Schulden.

---

§ 20.

Gemeinschaftlichkeit. Voreheliche.

In Betreff des Schuldenverhältnisses bei der ehelichen Gütergemeinschaft des Jütschen Lovs sind die verschiedensten Theorien aufgestellt worden und auch die Praxis ist in dieser Beziehung schwankend gewesen. Es ist theils die völlige und allgemeine Gemeinschaftlichkeit aller Schulden dergestalt, daß auch das Sondergut beider Ehegatten dafür hafte, behauptet, theils auf verschiedene Weise zwischen den vorehelichen und den während der Ehe entstandenen Schulden unterschieden und diesem Unterschiede wieder ein verschiedener Einfluß sowohl auf das gemeinschaftliche Vermögen als auf das Sondergut beigelegt worden [1]. Darüber ist man indessen im Allgemeinen einig, daß das Gemeingut für alle Schulden, sowohl die vor

---

[1] Vergl. Blüting Gl. zu I. 26 S. 105 ff., 117. Sammlung einiger Abhandl. z. Erläut. des J. L. I. S. 13 ff. Paulsen im staatsb. Mag. II. 330 ff. (22 ff.), III. 501 ff. (82 ff.), V. 134 (173); Lehrb. § 144. Brinkmann wissenschaftlich practische Rechtskunde S. 81 ff. Scholz Concursrecht S. 36 Anm. 10. Esmarch Erbr. S. 36 ff.; bürgerl. R. S. 63. Falk IV. 449 ff. Krieger Familie- og Arveret S. 34 ff. Hoffmann über die Schuldenzahlung bei der particulairen ehelichen Gütergemeinschaft, in Elvers Arch. f. prakt. Rechtsw. II. 10, welcher die Frage nach verschiedenen Particularrechten behandelt.

der Ehe von dem einen oder anderen Ehegatten contrahirten, als die während der Ehe entstandenen, haftet und daß also insofern eine Gemeinschaft sämmtlicher Schulden eintritt, und die Richtigkeit dieser Regel ergiebt sich auch aus der Natur der nach dem Jütschen Lov geltenden particulairen Gütergemeinschaft und aus dem Administrations- und Dispositionsrechte des Ehemannes. Gegenstand der Gütergemeinschaft nämlich wird zunächst das zur Zeit der Eingehung der Ehe vorhandene bewegliche Vermögen beider Ehegatten oder vielmehr, da auch Häuser dahin gerechnet werden, ihr ganzes Vermögen mit Ausnahme des Landes. Namentlich gehört dahin auch alles Capitalvermögen, sowohl in baarem Gelde als in ausstehenden Forderungen, und schon hieraus scheint mit nothwendiger Analogie zu folgen, daß, wie das active, so auch das passive Vermögen, wie die Forderungen, so auch die Schulden gemeinschaftlich werden [2]). Eine verschiedene Behandlung der Forderungen und der Schulden und ein Uebergang des ganzen activen Mobiliar-Vermögens ohne Mitfolge der Schulden, so daß nur etwa der Antheil des Schuldners an dem Gemeingute für seine Schulden verhaftet bliebe und zu deren Deckung angegriffen werden könnte, an sich gewiß unnatürlich, würde auch in manchen Fällen offenbar zu großem Nachtheile der Creditoren gereichen und in jedem Falle, wo es wegen der Schulden eines Ehegatten zur Execution käme, die Auftheilung der Gütergemeinschaft während der Ehe nothwendig machen [3]). Bei diesem Verfahren würden denn, abgesehen davon, daß die demselben zum Grunde liegende Voraussetzung, daß schon während der Ehe ideelle Antheile jedes Ehegatten an dem Gemeingute anzunehmen seien, nicht als begründet angesehen werden kann, manche sehr zweifelhafte Fragen über die Fortdauer der Güter-

---

[2]) Vergl. E. S. L. I. 28: hwat sum annær man skal hanum giældæ, tha ær ok thæt bæggy thæræ; skal han ok nokær man giældæ, tha ær thæt ok bæggy thæræ, swa ær ok hænnæ wagh. Es ist kein Grund, dieses als etwas dem Seeländischen Recht Eigenthümliches anzusehen.

[3]) Angef. Sammlung I. § 10; Paulsen im staatsb. Mag. II. 330 (23).

gemeinschaft und die ferneren Güterverhältnisse der Ehegatten überhaupt sich aufwerfen und jedenfalls viele schwer zu hebende Schwierigkeiten und Verwickelungen entstehen. Es ist indessen auch, wie bereits bemerkt, die Gemeinschaftlichkeit der vorehelichen Schulden in dem Sinne, daß das Gemeingut dafür haftet und angegriffen werden kann, wie wohl von jeher in der Praxis, so auch wenigstens in neuerer Zeit in der Theorie allgemein anerkannt. Nur wollte namentlich Falk[4]) eine, auch schon in der älteren Praxis vorkommende[5]), Ausnahme in Betreff derjenigen hypothekarischen Schulden machen, welche auf dem Sondergute eines Ehegatten schon vor Entstehung der Gütergemeinschaft hafteten, weil sonst das Vermögen des einen Ehegatten zur Verbesserung des dem anderen Ehegatten gehörigen Sondergutes verwandt würde. Eine solche Unterscheidung der blos persönlichen und der hypothekarischen, oder der sog. Mobiliar- und Immobiliar-Schulden, wird sich jedoch, wo dieselbe nicht gesetzlich vorgeschrieben ist, nicht rechtfertigen lassen, da die Natur der persönlichen Schuld durch das Hinzukommen einer Hypothek oder selbst der Protokollation nicht verändert wird und ungeachtet derselben der Schulden persönlich und auch mit seinem übrigen nicht verpfändeten Vermögen verhaftet bleibt. Von einer Unbilligkeit oder Härte in Beziehung auf den anderen Ehegatten aber wird hier überhaupt nicht die Rede sein können, da derselbe sich deshalb vor Eingehung der Ehe durch Eheverträge sichern konnte. Dagegen kann natürlich eine Haft des Gemeingutes für solche hypothekarische Schulden nicht eintreten, welche auf dem Sondergute des einen Ehegatten hafteten, bevor er dasselbe titulo singulari erwarb, und für welche er daher selbst gar nicht persönlich, sondern nur als Besitzer des Grundstücks verhaftet ist[6]).

---

[4]) Handb. IV. 449, 453; s. dagegen Esmarch Erbr. S. 41.

[5]) M. Schrift: Schleswigs Recht 2c. S. 244 Nr. 3.

[6]) Vergl. Esmarch bürg. R. S. 261 ff. Krieger Formueret S. 160.

§ 21.

Eheliche Schulden.

Was ferner die während der Ehe von dem Manne gemachten Schulden betrifft, so folgt die Gemeinschaftlichkeit derselben, so daß das Gemeingut dafür haftet, aus der Natur der particulairen Gütergemeinschaft, welche auch die Errungenschaft in sich begreift, so wie aus der unbeschränkten Dispositionsbefugniß des Ehemannes, welche ihm an dem Gemeingute völlig in demselben Umfange, wie an seinem eigenen Vermögen zusteht, von selbst und ist auch wohl nicht bezweifelt worden [7]. Auch kann man keinen Unterschied nach dem Grunde der Schuld machen, so daß etwa nur die für die Gemeinschaft gemachten Schulden gemeinschaftlich würden, welches sich auch praktisch kaum würde durchführen lassen. Dagegen können diejenigen Schulden, welche an einer während der Ehe einem Ehegatten zufallenden Erbschaft haften, nur dann gemeinschaftlich werden, wenn diese Erbschaft zufolge J. L. I. 17 in die Gemeinschaft fällt, widrigenfalls aber dieser nicht zur Last fallen [8], wenn gleich der Ehemann es in seiner Macht hat, solche Schulden von dem gemeinschaftlichen Vermögen abzutragen oder durch Umsätze in gemeinschaftliche Schulden zu verwandeln.

Die Ehefrau dagegen ist vermöge der dem Manne zustehenden ehelichen Vormundschaft zur Eingehung verpflichtender Rechtsgeschäfte im Allgemeinen gänzlich unfähig und es kann daher von einer Verbindlichkeit wegen von ihr während der Ehe gemachter Schulden regelmäßig überall nicht die Rede sein; weder gegen den Ehemann können solche geltend gemacht werden, noch auch, da das ganze Geschäft rechtlich nichtig ist, gegen sie selbst, auch nicht nach aufgelöster Ehe. Ausnahmen davon treten eigentlich nur ein zufolge einer ausdrücklichen

---

7) Hofgerichtsurtheil von 1606 im corp. stat. Slesv. I. 657 und Anh. 1. M. Schrift S. 193 ff. Nr. 22, S. 197 Nr. 32.

8) M. Schr. S. 236 Nr. 8.

oder stillschweigenden Einwilligung oder Genehmigung des Mannes. Als Folge einer stillschweigenden Einwilligung desselben muß es angesehen werden, daß die Frau regelmäßig die mit der Führung des Hauswesens verbundenen Geschäfte mit ihn verpflichtender Wirkung abzumachen hat und er daher die in dieser Beziehung von ihr gemachten Schulden anerkennen muß. Im Allgemeinen gehört dahin Alles, was die eigentliche Haushaltung betrifft, ferner die Kleidung für sich und die Kinder, Annahme des weiblichen Gesindes [9]). Im Einzelnen aber kommt hier Vieles auf die Umstände, die Standes- und Vermögens-Verhältnisse an und ist davon abhängig, inwieweit im einzelnen Falle nach Maaßgabe des gewöhnlichen Verhältnisses eine Vermuthung für die Zustimmung des Mannes angenommen werden konnte. Eben deshalb kann auch der Mann durch eine auf gehörige Weise bekannt gemachte Protestation sich gegen künftige Verbindlichkeiten der Art sicher stellen, in welchem Falle jedenfalls die wirklich zu seinem Nutzen geschehene Verwendung gegen ihn bewiesen werden muß [10]).

Was die einem Ehegatten gesetzlich obliegenden oder aus Delicten herrührenden Verbindlichkeiten betrifft [11]), so muß eine unbedingte Haft des Gemeingutes angenommen werden, und zwar sowohl in Betreff solcher Verpflichtungen des Mannes als auch der Frau, indem die singulairen Bestimmungen des J. L. II. 100, 101. jedenfalls als durch die Praxis beseitigt angesehen werden können und widrigenfalls unter Umständen eine Art Rechtlosigkeit in Beziehung auf die Ehefrau eintreten würde.

---

[9]) Verordn. v. 25ten Febr. 1840 § 6, „ohne daß es der ausdrücklichen Einwilligung des Mannes bedarf". Jur. Wochenschr. 1856 S. 81 ff.

[10]) Vergl. Falk IV. 399. Baumeister Hamb. Privatr. II. 85 ff.

[11]) Falk IV. 453, 466 ff. Esmarch Erbr. S. 42. Baumeister II. 87 ff. Vergl. Verordn. 29. Decbr. 1841 § 17.

§ 22.

Haft des Sondergutes der Frau.

So wie es nach dem Obigen als unzweifelhaft erscheint, daß das Gemeingut für alle sowohl vorehelichen als während der Ehe contrahirten Schulden haftet [12]), so ist es dagegen desto zweifelhafter und bestrittener, inwieweit das Sondergut der Ehegatten für die Schulden verhaftet ist. Soviel wird nun zwar als ausgemacht angesehen werden können, daß das Schuldverhältniß jedes Ehegatten in Betreff seiner früheren Schulden auch nach Eingehung der Ehe unverändert bleibt, so wie daß der Ehemann auch wegen aller während der Ehe von ihm contrahirten Schulden unbedingt haftet. Auch muß diese Verpflichtung eben so wegen der von der Frau während der Ehe gültigerweise gemachten Schulden anerkannt werden, da diese, als mit seiner Einwilligung und in seinem Auftrage gemacht, als seine eigenen anzusehen sind. Zweifelhaft aber ist es, inwiefern eine Haft des einen Ehegatten mit seinem Sondergute für die vorehelichen Schulden des anderen und eine Haft der Ehefrau für die von dem Manne während der Ehe gemachten Schulden anzunehmen ist. Zunächst dürfte nun die Bemerkung nicht überflüssig sein, daß es jedenfalls in beiden Beziehungen ein ungenauer Ausdruck ist, wenn man von einer Haft des Sondergutes spricht; eine solche würde ein Pfandrecht an demselben voraussetzen, welches offenbar nicht Statt findet. Die Frage kann vielmehr nur die sein, ob der Ehegatte persönlich für die Schuld haftet, so daß deshalb auch sein Sondergut zur Befriedigung des Gläubigers angegriffen werden kann. Knüpft man diese Frage an die frühere Ausführung an, wonach alle sowohl voreheliche als eheliche Schulden auf dieselbe Weise gemeinschaftlich werden, wie das Gemeingut überhaupt solches ist, und als an diesem haftend und insofern als passiver Theil dieser Vermögensmasse anzusehen

---

12) Vergl. Coldinger Receß Cap. 53. Rosenvinge gamle Domme I. 135, IV. 68.

sind, so stellt sich die Frage dahin, ob diese Gemeinschaft auch eine solche persönliche Haft des Ehegatten, welcher aus keinem anderen Grunde in Betreff der Schulden verpflichtet ist, zur Folge habe. Das Gemeingut bildet nach den früheren Ausführungen eine ungetrennte, der alleinigen Disposition des Mannes unterworfene Vermögensmasse, welche während der Ehe zur gemeinschaftlichen Nutzung bestimmt ist und nach Auflösung derselben nach bestimmten gesetzlichen Regeln getheilt wird. Abgesehen von dieser Theilnahme an der Nutzung und von dem Rechte auf einen Antheil bei der Auftheilung jener Vermögensmasse stehen der Frau keine wirksamen Rechte an derselben während der Ehe zu, und, wenn gleich die rechtliche Stellung der Frauen im Laufe der Zeit in mancher Hinsicht verändert worden ist, so ist doch kein Grund eine in dieser Beziehung eingetretene Veränderung anzunehmen, vielmehr kann man fortwährend nur den Ehemann als alleinigen Vertreter jenes Gemeingutes ansehen. So wenig aber wie die Frau während der Ehe ein actives oder wirksames Recht an demselben hat, eben so wenig kann sie wegen der mit diesem Gemeingute etwa verbundenen Verpflichtungen persönlich in Anspruch genommen werden und eine solche persönliche Verbindlichkeit der Frau wird daher aus jenem Gemeinschaftsverhältniß weder in Betreff der von dem Manne in die Ehe gebrachten noch der während derselben von ihm contrahirten Schulden gefolgert werden können. Zwar hat man wohl aus dem dem Manne in Betreff des Landes der Frau zustehenden Verwaltungs- und Veräußerungs-Rechte schließen wollen, daß jenes insbesondere wegen der während der Ehe entstandenen Schulden in Anspruch genommen werden könne. Allerdings konnte nun nach Jütschem Lov eine von dem Manne vorgenommene Veräußerung nur von den nächsten Erben der Frau, nicht von dieser selbst angefochten werden, daher bei beerbter Ehe überall nicht und findet deshalb eine solche Anfechtung jetzt überhaupt nicht Statt; der Frau stehen deshalb nur Entschädigungsansprüche zu, welche bei einer aus Noth vorgenommenen Veräußerung wegfallen müssen. Es ist indessen mit Recht schon von Anderen bemerkt

worden, daß von einer solchen Zulässigkeit der Veräußerung ein Schluß auf eine Haftung des Frauengutes für die von dem Manne gemachten Schulden nicht zulässig ist [13]); es kann aus jener Befugniß des Mannes ein Recht der Gläubiger, die Frau persönlich oder ihr Sondergut als Object der Execution in Anspruch zu nehmen, nicht hergeleitet werden. Den im J. L. I. 36 § 5 enthaltenen Satz, daß der Entschädigungsanspruch der Frau wegfalle, wenn Land des Mannes und der Frau „for usœld" (propter paupertatem, umme Armodt willen) verkauft sei, und die daran geknüpfte Bemerkung: „denn sie sollen von ihrer beider Vermögen leben" (at føthes) kann man nicht mit Paulsen [14]) auf einen Verkauf „für während der Ehe gemachte Schulden" beziehen, sondern derselbe geht auf den eigentlichen Lebensunterhalt der Ehegatten, wie auch Blüting [15]) es erklärt. Aber selbst wenn man die Stelle auf jene Weise erklären könnte, so würde doch aus der Befugniß des Mannes, das Sondergut der Frau zur Bezahlung der Schulden zu verwenden, ein directer Anspruch der Creditoren an jenes Gut, falls sie sich nicht bei Zeiten deshalb vorgesehen haben, nicht entstehen können. Es ist demnach überhaupt kein Rechtsgrund vorhanden, weder in Betreff der vorehelichen Schulden des Mannes, noch der während der Ehe von ihm contrahirten, den Gläubigern ein Recht gegen die Frau einzuräumen. Auch die Stelle in Erichs Seeländischem Gesetzbuch [16]), auf welche Paulsen vorzugsweise seine

[13]) Hasse in Zeitschr. f. gesch. Rechtsw. IV. 83 ff. Falk IV. 452, S. H. Anz. 1846 S. 47 ff.: „Daß der Ehemann gesetzlicher Administrator des Sonderguts der Frau ist, kommt hierbei nicht in Betracht, da aus der rechtlichen Möglichkeit, innerhalb gewisser Gränzen über das Vermögen der Frau zu disponiren, nicht folgt, daß der Mann jedes von ihm geschlossene Rechtsgeschäft zugleich in der Eigenschaft als Administrator des Sonderguts der Frau eingehe."

[14]) staatsb. Mag. V. 135 (173).

[15]) Gl. zu I. 40 S. 154 „um Armuth d. i. ihres Leibes nothdürftigen Unterhalts willen"; Erbgangsr. Cap. 25. Vgl. Rosenvinge in s. Ausg. von E. S. L. S. 344.

[16]) I. 28 s. o. Anm. 2.

spätere Ansicht von der Gemeinschaftlichkeit aller Schulden in dem Sinne, daß auch das Sondergut beider Ehegatten dafür hafte, gründete [17]), enthält nichts weiter, als daß auch die Schulden, wie die Forderungen der Ehegatten bei Eingehung der Ehe in das Gemeinvermögen, als passiver Bestandtheil desselben, übergehen und mithin an diesem haften, woraus nach dem Obigen auf eine Verbindlichkeit des anderen Ehegatten, auch mit seinem Sondergute dafür zu haften, nicht geschlossen werden kann. — Was die Praxis betrifft, so scheint das Schleswigsche Obergericht bis zur zweiten Hälfte des vorigen Jahrhunderts wenigstens das Sondergut der Frau als für die ehelichen Schulden nicht verhaftet angesehen [18]), später aber und bis zum Anfange des gegenwärtigen Jahrhunderts die Ansicht befolgt zu haben, daß auch das Sondergut beider Ehegatten für alle, sowohl vorehelichen als ehelichen Schulden haftete [19]). In der neueren Zeit dagegen ward stets die Ansicht ausgesprochen und befolgt, daß das Sondergut der Frau nicht für die ehelichen Schulden oder die vorehelichen des Mannes hafte, so namentlich in den Jahren 1813, 1815 und 1820 [20]) und auf Veranlassung des letzten Falles äußerte das Obergericht in einem Berichte vom 17ten März 1820 Folgendes: „Darin stimmen Theorie und Praxis überein, daß nach dem Jütschen Lov keine allgemeine, sondern nur eine particuläre Gütergemeinschaft zwischen Eheleuten Statt findet und daß folgeweise, beim Mangel dem Gesetze derogirender Ehepacten, nur dasjenige, was Gegenstand der Communion ist, für die von dem

---

17) staatsb. Mag. III. 501 (83), V. 134 (173). Lehrb. § 144.

18) Urtheil von 1748 in der Samml. von Abhandl. z. Erl. J. L. § 12.

19) s. die bei Esmarch Erbr. § 8 Anm. 9 angeführten Entscheidungen von 1776 und 1791 und die Berichtsäußerung von 1803, auch den Bericht von 1774 bei Scholz Concursrecht S. 36.

20) Esmarch Erbr. § 8 Anm. 13; in dem Anm. 15 angeführten Falle von 1838 aber war überall nicht von dem Rechte der Creditoren die Rede, sondern nur von dem Verhältniß des nachlebenden Ehegatten und der Erben des verstorbenen bei der Erbtheilung, und auch hier nicht von dem Sondergute des ersteren, sondern nur von dem Gemeingute.

anderen Ehegatten einseitig contrahirten Schulden haftet." In einem Erkenntnisse vom 3ten Juni 1830 ferner in dem Concurse des Geertz zu Warleberg ward der vindicirenden Ehefrau der Beweis auferlegt, „daß und welche der von ihr profitirten Mobilien und Effecten von ihr während der Ehe eingeerbt worden", und den Creditoren der Gegenbeweis nachgelassen, „daß von Seiten des Cridars durch Erbgang Güter in die Ehe geflossen." Ebenso ward in einem Erkenntnisse vom 6ten Juni 1845 die in Anspruch genommene Haft einer der Ehefrau während der Ehe zugefallenen Erbschaft für eine von dem Manne contrahirte Schuld aberkannt und es ausgesprochen, daß nur diejenigen Vermögenstheile, welche dem Ehemanne ausschließlich gehörten oder gemeinschaftliches Gut wären, dafür hafteten [21]. — Eine ganz singulaire Bestimmung enthält die Verordnung vom 20sten Februar 1739, nach welcher für die Forderungen der Königlichen Kasse an den Nachlaß verstorbener Hebungsbeamte so wie die seinen Kindern oder anderen Erben, so auch die der Wittwe oder ihren Erben zufallenden Erbschaften verhaftet sein sollten. So wie indessen diese Bestimmung ihrer Natur nach jedenfalls nicht über ihren Wortinhalt ausgedehnt werden könnte, so ist auch wohl mit Recht angenommen worden, daß dieselbe durch die allgemeine Verordnung vom 17ten December 1781, welche insbesondere nach dem Eingange derselben als ein correctorisches Gesetz angesehen werden muß und in den §§ 21, 22, 43, 44 specielle Bestimmungen für jenen Fall enthält, als aufgehoben zu betrachten ist [22].

---

§ 23.

Haft des Sonderguts des Mannes.

Was nun ferner den Ehemann betrifft, so ist schon bemerkt worden, daß er selbstverständlich wegen der während der Ehe

---

21) S. H. Anz. 1846 S. 44 ff. Krieger S. 35 Anm. 21.

22) Esmarch Erbr S. 42. Falk Anm. zu Schirnah's Criminalr. I. 786. S. H. 1839 S. 168.

contrahirten Schulden unbedingt persönlich und auch mit seinem Sondergute haftet, wie er denn auch wegen seines zur Bestreitung der Ehelasten verkauften Landes nur ausnahmsweise einen Anspruch auf Entschädigung hat. Dagegen wirft sich die Frage auf, ob er nicht auch wegen der vorehelichen Schulden der Frau, da diese nach der obigen Ausführung an dem Gemeingute haften und auf dieses übergegangen sind, er aber als alleiniger Vertreter desselben anzusehen ist, persönlich und daher selbst mit seinem Sondergute verpflichtet ist, indem die gegen eine solche Verpflichtung der Frau wegen der Schulden des Mannes oben angeführten Gründe hier nicht zuzutreffen scheinen. Es muß nun allerdings zugegeben werden, daß der Ehemann wegen jener Schulden der Frau theils als Verwalter ihres Sondergutes, theils als Vertreter des Gemeingutes in Anspruch genommen werden kann. So wenig aber wie man aus jener Eigenschaft auf eine eigene persönliche Verbindlichkeit des Ehemannes wegen der Schulden der Frau schließen kann, eben so wenig wird eine solche aus der zweiten Eigenschaft desselben, als Vertreters des Gemeingutes, hergeleitet werden können. Allerdings nämlich werden die Schulden in dem oben angegebenen Sinne gemeinschaftlich, daß sie gewissermaßen als passiver Bestandtheil des Gemeinvermögens anzusehen sind und dieses daher als Gegenstand der Execution in Anspruch genommen werden kann; das persönliche Schuldverhältniß aber wird dadurch nicht verändert, vielmehr bleibt der ursprüngliche Schuldner dieses auch ferner und es tritt nur an die Stelle des früheren Mobiliarvermögens desselben jetzt das Gemeingut als Gegenstand der Execution, so daß dadurch auch die in dieses übergehenden Vermögenstheile des anderen Ehegatten dem Gläubiger ebenso verhaftet werden, wie das Vermögen des Schuldners es bisher war. Einen directen Anspruch aber an die Person jenes Ehegatten oder an dessen Sondergut, dessen Substanz in keiner rechtlichen Verbindung mit dem Gemeingute steht, hat der Gläubiger nicht erworben und dazu fehlt es an jedem Rechtsgrunde, und, wenn gleich der Ehemann auch mit seinem Sondergute zur Bestreitung der Eheausgaben

beitragen muß und es selbst wohl bezweifelt werden kann, ob er, wenn er jenes zur Bezahlung der Schulden der Frau angewandt hat, deshalb einen Anspruch auf Entschädigung aus ihrem Sondergute machen kann, so folgt doch aus allem diesem keineswegs eine Verbindlichkeit des Mannes in Betreff dieser Schulden oder ein Recht der Gläubiger an ihn oder sein Sondergut.

---

§ 24.

Die Schulden während fortgesetzter Gütergemeinschaft.

Es ist bisher von dem Schuldenverhältniß während bestehender Ehe die Rede gewesen und als Resultat der obigen Ausführungen ergiebt sich, daß sämmtliche Schulden in dem Sinne gemeinschaftlich werden, daß sie an dem Gemeingute haften und daher gegen den Ehemann als Vertreter desselben beigetrieben werden können, daß dagegen das persönliche Verhältniß den Gläubigern gegenüber durch die Gütergemeinschaft nicht verändert wird und jenen kein Anspruch an das Sondergut des anderen Ehegatten zusteht, vielmehr persönlich und mit dem Sondergute weder die Frau für die ehelichen oder vorehelichen Schulden des Mannes, noch dieser für die Schulden der Frau haftet [23]). Es ist jetzt ferner zu untersuchen, inwiefern das Verhältniß durch Auflösung der Ehe und der Gütergemeinschaft verändert wird. Betrachtet man zunächst das Verhältniß der sog. fortgesetzten Gütergemeinschaft, wo nach dem Tode des einen Ehegatten der nachlebende mit den gemeinschaftlichen Kindern in ungetheilten Gütern sitzen bleibt, so tritt nach dem Tode der Ehefrau factisch in Betreff des Vermögens keine Veränderung ein, indem der Wittwer die Verwaltung des gesammten beiderseitigen Vermögens fortsetzt und ihm die

---

[23]) Vergl. Krieger a. a. O. S. 36 ff.

Dispositionsbefugniß über das Gemeingut im vollen Umfange seinen Kindern gegenüber nicht abgesprochen werden kann [24]). Rechtlich dagegen ist das Verhältniß allerdings insofern verändert, als theils den Kindern das mütterliche Erbe schon gleich bei deren Tode angefallen ist [25]), theils der Wittwer mit seinen Kindern an dem Lande der Frau erbt und also nicht allein als Vertreter der factisch ungetheilten Vermögensmasse, sondern zugleich als Erbe der Frau erscheint. Zwar wird er, da er den vorhergehenden Ausführungen zufolge wegen der Schulden der Frau nicht persönlich und mit seinem Sondergute verhaftet war, durch sofortige Hingabe des Sondergutes der Frau und des Gemeingutes zur Befriedigung der Gläubiger sich von allen weiteren Ansprüchen in Betreff jener Schulden befreien können. Unterläßt er dieses aber, so tritt er durch den fortgesetzten Besitz des Gemeingutes und als Erbe der Frau in deren Schuldverhältniß ein und haftet jetzt persönlich als Schuldner auch für ihre Schulden, und zwar für den ganzen Betrag derselben solidarisch, indem den Kindern das mütterliche Erbe zwar angefallen, nicht aber dergestalt erworben ist, daß eine Verbindlichkeit für sie eingetreten wäre, und daher auch das ihnen etwa anderweitig zufallende Vermögen nicht für jene Schulden angegriffen werden kann [26]). — Wenn dagegen der Ehemann zuerst stirbt und die Wittwe mit Kindern in ungetheilten Gütern sitzen bleibt, so geht die Verwaltung und Vertretung des gesammten bisher in der Hand des Mannes vereint gewesenen Vermögens auf sie über, wenn gleich nicht mit so unbeschränkter Dispositionsbefugniß insbesondere in Betreff des sowohl zum Sondergute des Mannes als zum Gemeingute gehörenden unbeweglichen Eigenthums. Hat sie nun gleich kein Erbrecht an

---

24) S. H. Anz. 1839 S. 236. Slesw. jur. Ugeftr. 1854 S. 300.

25) J. L. I. 1 § 2; S. H. Anz. 1839 S. 59, 1844 S. 256; Patent v. 24. April 1811 § 2; Esmarch Erbr. § 54 Anm. 6, § 58; vergl oben § 9.

26) S. H. Anz. 1838 S. 276, 1844 S. 255; Schlesw. Vorm. Vdg. § 2; Falk V. § 88.

jenem Sondergute und kann sie daher auch nicht als Erbin desselben angesehen werden, so wird man doch annehmen müssen, daß sie, wenn sie nicht sein Sondergut und das Gemeingut zur Befriedigung der Gläubiger hingiebt und sich dadurch von ferneren Ansprüchen in Betreff der an diesen Gütern haftenden Schulden befreit, dadurch daß sie den Besitz des Vermögens theils in eigenem Namen, theils als Vertreterin der Kinder fortsetzt, nun auch persönlich in das Schuldverhältniß eintritt und deshalb selbst mit ihrem Sondergute haftet, wogegen das Verhältniß der Kinder dem oben beim Wittwer angegebenen im Wesentlichen gleich ist[27]. Das Resultat des Vorstehenden ist demnach, daß sowohl der Wittwer als die Wittwe während der sog. fortgesetzten Gütergemeinschaft wegen aller Schulden in Anspruch genommen werden kann und dafür auch mit dem eigenen Vermögen haftet.

§ 25.

Die Schulden bei und nach der Theilung: a) im Verhältniß zu den Gläubigern.

Wenn aber demnächst die Gemeinschaft entweder durch väterliche Aussage oder durch Theilung aufgehoben wird, so ist das Verhältniß zwischen dem nachlebenden Ehegatten und den Kindern und das Verhältniß der Gläubiger einer besonderen Erwägung zu unterziehen, welches gleichfalls in Betreff der sofort nach dem Tode des einen Ehegatten erfolgenden Auftheilung, sei es nun mit Kindern oder nach unbeerbter Ehe mit den sonstigen Erben des Verstorbenen, geschehen muß. Was nun die Gläubiger betrifft, so versteht es sich von selbst, daß sie ihr persönliches Recht gegen ihren ursprünglichen Schuldner oder dessen Erben behalten, mithin zufolge der früheren

[27]) Vergl. Schl. Vorm. Vdg. § 4, 5; S. H. Anz. 1839 S. 57; Falk V. § 89.

Ausführungen gegen den Ehemann oder dessen Erben wegen seiner vorehelichen oder wegen aller während der Ehe contrahirten, gegen die Frau oder deren Erben wegen der an ihrem Sondergute haftenden Schulden. Es frägt sich nur, inwiefern in Betreff des Anspruchs, welcher sämmtlichen Gläubigern an dem bisherigen Gemeingute zustand, durch die Auftheilung desselben eine Veränderung eintritt, und diese Frage wird der Natur der Sache nach im Allgemeinen dahin zu beantworten sein, daß, wenn nicht eine vollständige Regulirung des Vermögens und Berichtigung aller Schulden Statt findet, diese, wie bei jeder Erbtheilung, nach Verhältniß der gesetzlich dem nachlebenden Ehegatten und den Erben des verstorbenen theils zufolge der Gütergemeinschaft theils zufolge Erbrechts zufallenden Antheile des Gemeingutes von selbst getheilt sind und daher die Gläubiger, wie sie bisher sich deshalb nnr an den Ehemann, als alleinigen Vertreter desselben, halten konnten, jetzt nach jenem Verhältniß die verschiedenen Theilnehmer in Anspruch zu nehmen haben, mithin nach unbeerbter Ehe den nachlebenden Ehegatten auf die Hälfte und die Erben des Verstorbenen auf ihre Antheile der anderen Hälfte und ebenso bei beerbter Ehe nach dem Tode des Mannes die Wittwe und die Kinder nach dem Verhältnisse der ihnen zufallenden Antheile. Der Wittwer dagegen, welcher seine Kinder durch väterliche Aussage wegen ihres mütterlichen Erbes an dem Gemeingute abgefunden hat, wird auch ferner wegen der an diesem haftenden Schulden allein in Anspruch genommen werden können, indem die Aussage zwar der wirklichen Theilung rechtlich gleich steht, aber eigentlich doch nur eine Abfindung durch eine bestimmte Summe ist, dann aber auch weil diese Abfindung nicht das ganze Gemeingut betrifft, sondern der Vater einen Theil desselben, nämlich das Kaufland, allein behält. In Betreff der an dem mütterlichen Lande haftenden Schulden aber tritt wieder das erbrechtliche Verhältniß ein, so daß Wittwer und Kinder nach ihren Erbtheilen den Gläubigern verhaftet sind. — So wie jedoch oben bemerkt ist, daß der nachlebende Ehegatte durch Hingeben des Gemeingutes und der Wittwer zugleich

durch Ausschlagung des ihm zukommenden Erbtheils von dem Lande der Frau sich von allen Ansprüchen in Betreff derjenigen Schulden, für welche er nicht bereits persönlich unbedingt haftet, befreien und sein Sondergut von jenen Schulden unangefochten behalten kann, so muß man auch den Kindern oder sonstigen Erben der verstorbenen Ehefrau gestatten, durch Ausschlagung ihres Antheils an dem Gemeingute sich von allen Ansprüchen der Gläubiger in Betreff der an diesem haftenden Schulden zu befreien, um so mehr als die Gläubiger dieselbe Sicherheit behalten, welche sie bis dahin hatten, und wegen jener Schulden auch bisher gegen die verstorbene Ehefrau überall keinen persönlichen Anspruch hatten, sondern ihnen ein solcher nur in Beziehung auf das Gemeingut zustand, daher auch die Erben ihnen nur durch diese Beziehung verhaftet werden. Die Erben des verstorbenen Ehemannes dagegen können, da dieser für die ehelichen Schulden persönlich verpflichtet war, durch eine Ausschlagung ihres Antheils an dem Gemeingute nur von der Haft für die vorehelichen Schulden der Frau, von der Haft für jene Schulden dagegen nur durch völlige Entsagung auf ihr Erbrecht nach dem Manne frei werden. Den Kindern muß dieses auch dann noch freistehen, wenn die Mutter in ungetheilten Gütern mit ihnen während ihrer Unmündigkeit sitzen geblieben ist, indem, wie bereits früher bemerkt, das väterliche Erbe ihnen bis dahin nur angefallen war, wogegen die Mutter in einem solchen Falle sämmtlichen Gläubigern verhaftet bleiben würde. In dem Falle, da der Wittwer mit seinen Kindern in ungetheilten Gütern sitzen geblieben ist, wird jene Befugniß nicht leicht in Frage kommen, da sie, wie schon bemerkt, durch die ihnen mittelst väterlicher Aussage zugebilligte Abfindung von dem Gemeingute wegen der an diesem haftenden Schulden überall nicht verpflichtet werden, vielmehr der Vater allein dieses bleibt, insofern die Aussage nicht als in fraudem creditorum geschehen angefochten werden kann [28]), die väterliche Aussage aber sich überhaupt hauptsächlich nur auf das gemeinschaftlich

[28]) Vergl. Falk Abhandl. aus d. Anzeigen IV. 49.

gewesene Vermögen bezieht, dagegen in Betreff des Sondergutes der Frau dem Manne ein solches Recht nur in beschränkterem Umfange zusteht.

---

§ 26.

b) Im Verhältniß der Erben.

Nachdem im Vorstehenden das Schuldenverhältniß den Gläubigern gegenüber besprochen worden ist, muß nunmehr das Verhältniß zwischen dem nachlebenden Ehegatten und den Erben des verstorbenen in Beziehung auf die Vertheilung der Schulden erwogen werden. Dabei ist es denn wieder vorzugsweise wichtig, daß man von einem richtigen Begriffe der Gemeinschaftlichkeit der Schulden ausgeht, und dieser muß, wie im Vorhergehenden wiederholt geschehen ist, dahin angegeben werden, daß, wie bei jedem Vermögen, so auch hier die Schulden zu dem Gemeingute gehören und einen passiven Bestandtheil desselben bilden, so daß jene Gemeinschaftlichkeit an sich und abgesehen von einem sonstigen Verpflichtungsgrunde während des Bestehens der Gütergemeinschaft die einzelnen Theilnehmer derselben und deren sonstiges Vermögen nicht berührt. Wenn nun aber durch den Tod des einen Ehegatten das Verhältniß der Gütergemeinschaft aufgehoben wird und das bisherige Gemeingut zunächst in ideelle Theile zwischen dem nachlebenden Ehegatten und den Erben des verstorbenen zerfällt, so muß auch dabei die Natur jenes Gemeingutes als einer für sich bestehenden Vermögensmasse ohne Beziehung auf das etwanige Sondergut des verstorbenen oder des nachlebenden Ehegatten festgehalten werden. Diese Vermögensmasse zerfällt nun zunächst, wie oben gesagt, ihrer Gesammtheit und ihren einzelnen Bestandtheilen nach in ideelle Theile, so daß mithin nach dem Verhältniß dieser Theile der nachlebende Ehegatte und die Erben des verstorbenen von nun an berechtigt und verpflichtet werden. Bei der demnächstigen reellen Auftheilung kann nun entweder eine vollständige Regulirung jenes Vermögens Statt finden, so daß dann schließlich nur der wirkliche active Ueber-

schuß oder, im Falle der Unzulänglichkeit des Vermögens, die übrig bleibenden Schulden nach jenem Verhältnisse vertheilt werden, oder es kann ohne eine solche vollständige Realisirung und Regulirung das Vermögen seinen einzelnen Bestandtheilen nach getheilt werden, so daß jeder seinen Antheil von diesen einzelnen Bestandtheilen, activen und passiven, erhält. Ob in dem einzelnen Falle ein Ueberschuß ist oder ob die Schulden den Betrag des Activvermögens übersteigen, ist an sich gleichgültig, da hier vorausgesetzt wird, daß eine Ausschlagung nicht Statt gefunden hat. Sehr klar und bestimmt sind diese Regeln ausgesprochen in dem Coldinger Receß Cap. 53: Om hion kommer tilsammen udi Bo og døer enten there, da skal al vitterlig Gield .. først betales af fellitz Bo, saavit som Boependinge og rørendes Gods tilrecker, og hvis det icke kan tilrecke, da betale hver som han tog udi Arf, om han tager ved Arf. Uebereinstimmend damit ist das bereits früher angeführte Erkenntniß nebst gemeinem Bescheide für Stapelholm vom 20sten Septbr. 1606, wonach bei unbeerbter Ehe „das Sondergut auf die Seite, von welcher es hergekommen, zurückfallen, das bewegliche Gut dagegen, Kaufgut, desgleichen In- und Ausschulden, so in währender Ehe gemacht, in zwei Theile nach Landrecht zwischen dem überlebenden Ehemann und seiner verstorbenen Frauen nachgelassenen Erben getheilt werden soll." Aus der Theilnahme an dem Gemeinvermögen folgt demnach an sich nicht die Verbindlichkeit, zu den an demselben haftenden Schulden auch mit dem nicht zu jenem Vermögen gehörenden und seiner Substanz in keiner rechtlichen Verbindung mit demselben stehenden Sondergute beizutragen, vielmehr muß, damit eine solche Verbindlichkeit eintreten kann, ein besonderer Verpflichtungsgrund hinzukommen. Wenn dagegen hin und wieder von den Untergerichten und auch in einzelnen älteren Entscheidungen des Obergerichts [29]) eine verhältnißmäßige Vertheilung der

---

[29]) So in dem Bescheide vom 8ten März 1791 bei Esmarch Erbr. § 8 Anm. 9.

Schulden, ohne alle Unterscheidung derselben, über das Gemeingut und über das Sondergut beider Ehegatten nach dem Taxationswerthe dieser verschiedenen Vermögenstheile angenommen ist, so kann dieses, in neuerer Zeit von Esmarch [30]) vertheidigte, Verfahren auf keine Weise mit den nach dem Jütschen Lov geltenden Regeln oder überhaupt mit der Natur der particulairen Gütergemeinschaft in Einklang gebracht werden. Denn es ist kein Grund ersichtlich, weshalb dieser eine (passive) Bestandtheil des Gemeinvermögens völlig verschieden von den übrigen Gegenständen dieser Vermögensmasse und abgesondert behandelt werden soll, und fast noch weniger läßt sich erklären, worauf eine solche Vertheilung, nicht nach bestimmten ideellen oder quoten Theilen, sondern nach dem Betrage des Gemeingutes und des sonstigen Vermögens der Ehegatten beruhen sollte, in Widerspruch sowohl mit der gesetzlich vorgeschriebenen Theilungsnorm, als mit der Natur der particulairen Gütergemeinschaft, nach welcher das Sondergut der Ehegatten in keiner Verbindung mit dem Gemeingute steht, sondern gerade einen Gegensatz zu demselben bildet. So wie man die Schulden gleich den Forderungen gemeinschaftlich werden läßt, so muß man auch bei beiden denselben Begriff der Gemeinschaftlichkeit zum Grunde legen und bei der Auftheilung der Gemeinschaft auf dieselbe Weise verfahren. Bei jener Vertheilung setzt man das Sondergut in Beziehung auf die Schulden in eine solche Verbindung mit dem Gemeingute, als wenn beides zusammen eine gemeinschaftliche Vermögensmasse bildete, den activen Theil des Gemeinvermögens aber behandelt man gesondert von jenem. Auch kann man sich für dieses Verfahren nicht auf die Analogie der nach dem Tode eines Festebesitzers eintretenden Theilung berufen, indem die Verhältnisse völlig verschieden sind. In diesem Falle nämlich ist wirklich Eine Vermögensmasse vorhanden, zu welcher sämmt-

---

[30]) Erbr. 1ste Aufl. S. 56 (in der 2ten Aufl. ist der hierher gehörende Satz weggelassen), § 80 S. 499 ff. und in den im § 91 mitgetheilten Beispielen.

liche Schulden gehören, aus welcher aber nach dem Tode des Besitzers ein Theil des Activvermögens herausgenommen wird, dem daher auch ein verhältnißmäßiger Theil jener Schulden folgen muß. Bei der particulairen Gütergemeinschaft dagegen sind von Anfang an rechtlich getrennte Vermögensmassen, welche deshalb auch nicht in jener einen Beziehung zusammengeworfen werden können. Es ist bereits früher die Ansicht verworfen worden, daß der eine Ehegatte wegen der Schulden des andern den Gläubigern persönlich und mit seinem Sondergute verhaftet sei oder daß wegen des dem Ehemanne zustehenden Veräußerungsrechts das Sondergut der Frau für die ehelichen Schulden angegriffen werden könne. Viel weniger aber noch, als den Gläubigern ein solcher Anspruch zugestanden werden kann, ist irgend ein Grund vorhanden, dem einen Ehegatten oder dessen Erben in Betreff seiner Schulden einen Anspruch an das Sondergut des anderen Ehegatten beizulegen, und gewiß kann aus der Natur der particulairen Gütergemeinschaft, von welcher gerade dieses Sondergut ausgeschlossen ist, ein solcher Anspruch nicht hergeleitet werden. Es steht dieses aber auch, was die Ehefrau betrifft, geradezu in Widerspruch mit den ihr wegen Veräußerung ihres Landes zustehenden Entschädigungsansprüchen. Sogar der Mann hat einen Anspruch auf Ersatz, wenn er zu gemeinsamem Nutzen von seinem Lande verkauft hat, noch mehr aber die Frau, welche hierin dem Manne vorgeht, indem ihr der Ersatz sogar aus seinem Lande gebührt. Nur im Falle der äußersten Noth ist dieser ihr Anspruch auf Ersatz ausgeschlossen, welcher ihr oder ihren Erben mithin nicht abgesprochen werden kann, so lange überhaupt sonstiges Vermögen vorhanden ist. Unmöglich kann daher dem Manne oder dessen Erben ein Recht darauf zustehen, daß sie ihr Land theilweise zur Berichtigung der ehelichen oder der vorehelichen Schulden des Mannes hergeben oder, was dasselbe ist, einen Theil derselben auf jenes übernehmen solle. Eben so wenig aber kann man der Frau oder deren Erben ein solches Recht in Betreff des Landes des Mannes zugestehen. Denn zwar ist er wegen der ehelichen Schulden den Gläubigern persönlich verhaftet und von diesen

kann wegen jener Schulden, wie wegen seiner eigenen, auch sein Sondergut angegriffen werden. Da er aber der Frau und deren Erben gegenüber einen Anspruch auf Ersatz aus dem Gemeingute hat, wenn er zu gemeinsamem Nutzen von seinem Lande verkauft hat, welchen man ihm deshalb auch dann nicht würde absprechen können, wenn solches zur Bezahlung ehelicher Schulden geschehen wäre, so wird ihm auch im Verhältniß zu den Erben der Frau oder seinen Erben im Verhältniß zu der Frau eine Verpflichtung, dem Gemeingute einen Theil der ehelichen Schulden jenes seines Sondergutes wegen abzunehmen, nicht obliegen, vielmehr muß auch in dieser Beziehung die früher angeführte Regel, daß die Lasten und Ausgaben der Ehe zunächst von dem Gemeingute abzuhalten sind, ihre Wirkung äußern.

Anders dagegen verhält es sich mit den an dem Sondergute des einen Ehegatten haftenden Schulden. Zwar kann, wie bereits früher bemerkt, die Ansicht Falks, daß diese Schulden überhaupt nicht gemeinschaftlich würden und auch das Gemeingut dafür nicht verhaftet werde, nicht als begründet angesehen werden; es ist aber gleichfalls bereits wiederholt bemerkt worden, daß an dem ursprünglichen Schuldverhältnisse durch die Eingehung der Ehe nichts verändert wird, weder in Betreff der persönlichen Verbindlichkeit des Schuldners, noch in Betreff des an seinem Sondergute haftenden Pfandnexus, und daß nur an die Stelle seines in das Gemeingut übergegangenen Mobiliarvermögens jetzt jenes als Gegenstand der Execution eintritt. Dadurch, daß die Schulden in dem angegebenen Sinne gemeinschaftlich werden, wird keineswegs der ursprüngliche Schuldner in Beziehung auf sein jetziges Sondergut frei von derselben und, wenn gleich der Ehemann während der Ehe sowohl sein eigenes als das Sondergut der Frau von den darauf haftenden Schulden auf Kosten des gemeinschaftlichen Vermögens befreien kann, so ist doch, wenn dieses nicht geschehen ist, ein Recht, diese Befreiung zu verlangen, nicht vorhanden. Bei der Auftheilung der Gemeinschaft werden daher solche Schulden über das Gemeingut und das

das von Anfang an für dieselben verhaftete Sondergut zu vertheilen sein [31]). In dieser Beziehung ist es ganz so zu verhalten, wie mit den Schulden eines Festebesitzers, welche über das Festeland und das übrige Vermögen vertheilt werden, so hier über das Sondergut des ursprünglichen Schuldners und das Gemeingut, in welches dessen übriges Vermögen übergegangen ist.

Das Resultat ist demnach, daß bei der Auftheilung die ehelichen Schulden lediglich mit dem Gemeingute unter den nachlebenden Ehegatten und die Kinder oder sonstigen Erben des verstorbenen vertheilt werden, zu den vorehelichen aber das Sondergut des Ehegatten, von welchem die Schulden herrühren, verhältnißmäßig mit zugezogen wird.

---

[31]) Damit stimmt überein die bei Esmarch § 8 Anm. 9 angeführte obergerichtliche Entscheidung vom 21sten Febr. 1796 und auch das Rescript vom 9ten Febr. 1838 in Anm 14, indem in beiden Fällen von einem etwanigen Sondergute der Frau überall nicht die Rede war.

Fünfter Abschnitt.

Modificationen und anomale Verhältnisse.

§ 27.

Ehepacten. Form. Verhältniß der Ehegatten.

Die bisher dargestellten Verhältnisse treten regelmäßig bei jeder Ehe ein und Anfang und Ende derselben werden durch den Anfang [1]) und das Ende der Ehe bestimmt, so daß diese Zeitpunkte entscheidend sind sowohl in Betreff der von dem einen oder anderen Ehegatten vorgenommenen Dispositionen, als der von ihnen gemachten Erwerbungen und der Frage, ob etwas zum Gemein- oder zum Sondergute gehört. Es können aber Modificationen verschiedener Art eintreten, so daß entweder von Anfang an die gewöhnlichen Regeln in Betreff der Güterverhältnisse unter den Ehegatten überall nicht oder doch in einzelnen Beziehungen nicht zur Anwendung kommen, oder auch daß während bestehender Ehe Aenderungen eintreten. Solche Modificationen und anomale Verhältnisse können veranlaßt werden

1) durch Verträge, Ehepacten. Insofern ein solcher Ehevertrag auch Bestimmungen darüber, wie es nach dem Tode

---

[1]) Nach der Isl. Graugans trat die Gütergemeinschaft gesetzlich erst ein, wenn die Ehe 3 Jahre gedauert hatte, nach dem Frostethinglov XIII. 8. nach einem Jahre, eben diese Frist galt nach E. S. L. I. 6, 10 ff. in Betreff der Stief- und Schwiegerkinder.

des einen oder anderen Ehegatten mit dem Nachlaß verhalten werden soll, mithin einen Erbvertrag enthält, kommen die von Testamenten geltenden Regeln, sowohl in Betreff der zu beobachtenden Form, als des Inhalts, namentlich mit Rücksicht auf den Pflichttheil, zur Anwendung. Solche Ehepacten, welche zugleich letztwillige Verfügungen enthielten, bedurften daher auch früher zu ihrer Gültigkeit der landesherrlichen Confirmation [2]), wogegen andere Eheverträge, welche nur das Güterverhältniß während der Ehe bestimmten, an eine solche Bestätigung nicht gebunden waren [3]). Die Verordnung vom 4ten Februar 1854, betreffend die Gültigkeit testamentarischer Disposition ohne Allerhöchste Confirmation, hat nun zwar der Ehepacten nicht besonders erwähnt, es leidet aber keinen Zweifel, daß die Absicht auch auf diese gerichtet gewesen ist und daß jetzt auch Eheverträge, welche letztwillige Verfügungen enthalten, in demselben Umfange, wie Testamente, ohne Königliche Bestätigung rechtsgültig sind. Im Uebrigen aber besteht der Unterschied in Betreff der Form fort, so daß derartige Eheverträge in der für Testamente und überhaupt für letztwillige Verfügungen vorgeschriebenen Form errichtet werden müssen, wogegen die übrigen keiner besonderen Form bedürfen, jedoch auf Stempelpapier der ersten Classe nach der Summengröße geschrieben werden müssen. Sie werden indessen gerichtlich abgeschlossen und in älterer Zeit, so lange noch Rechtsgeschäfte überhaupt der Regel nach auf dem Ting eingegangen oder doch verkündet wurden, mußte dieses auch bei Ehepacten geschehen [4]). Meistens werden sie vor Eingehung der Ehe errichtet zur näheren Bestimmung des Güterverhältnisses während der beabsichtigten Ehe. Ihr Zweck und Inhalt kann darauf gerichtet sein, entweder, welches in-

---

[2]) Verordn. 13ten Juni 1729, Verf. 25ten Septbr. 1759: Testamente und andere auf den Todesfall gerichtete Schenkungen, Verträge und Vermächtnisse. Kanzleisch. 28sten Aug. 1773. Pat. 15ten April 1786.

[3]) Rescr. 28de Aug. 1829 bei Esmarch Erbr. § 8 Anm. 20.

[4]) J. L. I. 20; m. Schr. Schleswigs Recht S. 194.

dessen selten der Fall ist, das sonst eintretende Verhältniß der Gütergemeinschaft zu erweitern, namentlich dahin, daß diese sich über das ganze beiderseitige Vermögen erstrecken nnd eine allgemeine Gütergemeinschaft eintreten solle, oder dasselbe völlig oder theilweise auszuschließen, so daß ein völlig getrenntes Güterverhältniß bestehen oder doch gewisse Vermögenstheile des einen oder anderen Ehegatten, welche sonst zu dem Gemeingute gehören würden, Sondergut bleiben sollen. Die Wirkungen äußern sich, wenn man von letztwilligen Bestimmungen und von dem Einflusse auf die Theilung des Vermögens nach aufgehobener Ehe absieht, vielmehr lediglich das Verhältniß während der Ehe ins Auge faßt, hauptsächlich in Beziehung auf das Verwaltungs- und Verfügungsrecht des Ehemannes an dem Vermögen der Frau und auf die Schulden. Was nun das erstere betrifft, so wird dadurch allein, daß vertragsmäßig das Vermögen der Ehefrau oder einzelne Theile desselben der Gütergemeinschaft entzogen sind, das Verwaltungs- und Verfügungsrecht des Ehemannes daran nicht ausgeschlossen, indem dieses von ihm nicht in Folge der Gütergemeinschaft, sondern vermöge der ihm unabhängig davon zustehenden Ehevogtschaft ausgeübt wird und ihm daher auch bei sonst bestehender Gütergemeinschaft in Betreff des mit dieser in keiner Verbindung stehenden Sondergutes der Frau zusteht, das vertragsmäßig der Gütergemeinschaft entzogene Vermögen der Frau aber nur die Natur des Sondergutes annimmt, ohne daß dadurch die Ehevogtschaft des Mannes und die rechtliche Stellung der Frau verändert wird. Zwar ist in einem Bescheide des Schleswigschen Obergerichts vom 15ten Septbr. 1836 [5]) der Grundsatz ausgesprochen, „daß die mit ihrem Ehemann in getrennten Güterverhältnissen lebende Ehefrau bei der Disposition über ihr Privatvermögen an den Consens ihres Ehemannes nicht gebunden und folgeweise auch befugt sei, unter Assistenz eines anderen curatoris ad litem die ihr privatim zustehenden Forderungen gerichtlich geltend zu machen." In dem damals

---

[5]) S. H. Anz. 1837 S. 162.

entschiedenen Falle war indessen nicht allein die Gütergemeinschaft durch Vertrag ausgeschlossen und fand daher nicht allein ein getrenntes Güterverhältniß Statt, sondern die Ehegatten lebten auch factisch separirt und es werden wohl beide Umstände zusammen die Entscheidung motivirt haben [6]). Jener Satz aber, so wie er hingestellt ist, wird mit Recht von Falk [7]) verworfen, indem unstreitig der Ehemann gesetzlicher Verwalter auch des Sondergutes der Frau, und als solcher und vermöge der ihm zustehenden Ehevogtschaft Vertreter desselben [8]), sie selbst aber ohne ihn, als gesetzlichen und nothwendigen Beistand, nur aus besonderen, diese Vertretung und Mitwirkung ausschließenden Gründen zu rechtlichen und insbesondere gerichtlichen Handlungen befugt ist. Allerdings aber kann auch hierüber etwas anderes in dem Ehevertrage festgesetzt und ausdrücklich das Vermögen der Frau der Verwaltung und Verfügung des Mannes entzogen und auch in dieser Beziehung ihr vorbehalten werden [9]).

§ 28.

Ehepacten. Verhältniß der Gläubiger.

In Betreff der Schulden besteht die Wirkung der Ausschließung der Gütergemeinschaft darin, daß jeder Ehegatte für seine Schulden lediglich mit seinem Vermögen haftet und das Vermögen des anderen Ehegatten von den Gläubigern nicht in Anspruch genommen werden kann; ist nur ein bestimmter Vermögenstheil ausgenommen und für Sondergut erklärt, so tritt in Betreff dieses dasselbe ein. Ob dieses Schuldenverhältniß, daß die Schulden des Einen das Vermögen des Anderen

---

[6]) Vergl. Esmarch bürg. R. S. 66 sub c „wenn sie mit dem Manne nicht in Gütergemeinschaft und von diesem getrennt lebt."

[7]) IV. 397 Anm. 24; vergl. S. H. Anz. 1838 S. 29.

[8]) S. H. Anz. 1846 S. 227.

[9]) Falk IV. 470.

nicht berühren, sondern diesem völlig fremd und unbeikommend bleiben sollen, welches gerade am häufigsten der eigentliche Zweck solcher Eheverträge ist, ausdrücklich darin angegeben oder ob nur allgemein bestimmt wird, daß keine Gütergemeinschaft stattfinden oder daß doch ein bestimmter Vermögenstheil oder gewisse Gegenstände von derselben ausgeschlossen sein sollen, ist gleichgültig, indem jenes nothwendig daraus folgt. Es kann daher namentlich die Execution wegen der Schulden des Mannes nicht auf solche Güter der Frau erstreckt werden und in seinem Concurse ist sie berechtigt ihre im Besitze des Mannes befindlichen Sachen zu vindiciren. Um indessen gegen etwanige Dispositionen von seiner Seite, so wie namentlich in Betreff ihm zugebrachter, zum Sondergute der Frau gehörender Capitalien gesichert zu sein, werden die Ehepacten auch häufig protocollirt, so wie auch, mit Rücksicht auf das Verhältniß zu dritten Personen überhaupt und zur Warnung derselben, eine öffentliche Bekanntmachung nicht selten vorkommt. Daß eine solche zweckmäßig ist und eine gewisse Billigkeit dafür spricht, läßt sich auch allerdings nicht läugnen, da das gewöhnlich eintretende Güterverhältniß durch solche Verträge abgeändert wird und eine Verheimlichung derselben leicht als dolose erscheinen kann. Ob indessen die öffentliche Bekanntmachung nothwendig sei, damit solche vertragsmäßige Bestimmungen im Verhältniß zu dritten Personen als gültig anzusehen sind und gegen diese geltend gemacht werden können [10]), ist sehr zweifelhaft und der dafür angeführte Grund, „daß dritte Personen berechtigt seien, das Bestehen der gesetzlich normirten Verhältnisse vorauszusetzen und jede durch Ehepacten vertragsmäßig abgeschlossene Abänderung der geltenden Güterverhältnisse als eine Ausnahme und Abweichung von der allgemeinen Regel erscheine, welcher hinsichtlich dritter und namentlich der Creditoren nur dann Gültigkeit und rechtliche Wirkung beigelegt werden könne, wenn dieselbe öffentlich bekannt gemacht sei,“

---

[10]) Paulsen Lehrb. S. 269, Formularbuch 2te Aufl. S. 68; S. H. Anz. 1843 S. 40 (Holst. Oberg.).

kann wohl nicht als hinreichend zur Begründung einer solchen durch kein Gesetz vorgeschriebenen Nothwendigkeit angesehen werden [11]). Jedenfalls würde dieser Grund in Betreff der damals schon vorhandenen Gläubiger von keiner Bedeutung sein können, indem die für sie bestehende Sicherheit durch jenen Vertrag nicht verringert, sondern eine sonst hinzukommende Vergrößerung derselben ausgeschlossen wird, wegen dieses ihnen entgehenden Gewinns aber unmöglich eine Beschwerde für sie begründet sein kann, wogegen die späteren Gläubiger für sich anführen können, daß sie unter Voraussetzung der gesetzlich normirten Güterverhältnisse und des ihnen danach zustehenden Anspruchs auch an das in die Gütergemeinschaft fallende Vermögen des anderen Ehegatten creditirt haben. Jedoch scheint auch in Betreff ihrer ein wirkliches Recht nicht vorhanden zu sein. Zunächst wird es zugegeben werden müssen, daß die Nothwendigkeit einer bestimmten Förmlichkeit bei einem Vertrage im Allgemeinen eine dieselbe vorschreibende gesetzliche Bestimmung voraussetzt, an einer solchen aber fehlt es hier völlig. Die früher fast bei allen Rechtsgeschäften erforderliche Publicität durch Abschließung, Bestätigung oder doch Verkündung auf dem Ting ist längst verschwunden und an deren Stelle bei einzelnen Rechtsgeschäften die gerichtliche Ausfertigung, die Proclamation oder irgend eine andere Form vorgeschrieben; in Betreff der Ehepacten ist dieses überall nicht der Fall und wird man schon deshalb berechtigt sein anzunehmen, daß es bei ihnen einer besonderen Förmlichkeit nicht bedarf. Es steht den Ehegatten frei, das unter ihnen eintretende Güterverhältniß vertragsmäßig zu bestimmen und nur, wenn und insoweit dieses nicht von ihnen geschehen ist, tritt das gesetzlich bestimmte Verhältniß ein. Die darüber bestehenden gesetzlichen Bestimmungen gehören zu den sog. erlaubenden, hypothetischen oder vermit-

[11]) Falk IV. 471. Esmarch Erbr. S. 43, bürg. R. S. 67. S. H. Anz. 1843 S. 41 (Oberappellationsger.), 1847 S. 236 (Schl. Oberg.). Vergl. Wächter im Arch. f. civ. Pr. XXV. 59 Anm. Runde ehel. Güterr § 165.

telnden, aus dem Vorhandensein solcher Gesetze folgt keineswegs von selbst, daß bei den das Verhältniß für den einzelnen Fall normirenden und daher die Anwendung der gesetzlichen Bestimmungen ausschließenden Verträgen eine gewisse Förmlichkeit beobachtet werden muß, vielmehr bleibt es den dabei interessirten dritten Personen überlassen, Erkundigungen darüber einzuziehen, ob und wie das Verhältniß vertragsmäßig bestimmt ist. Ein Recht dritter Personen, das Gegentheil und daher das Bestehen der gesetzlich normirten Verhältnisse vorauszusetzen, besteht nicht und es kann in dieser Beziehung nicht darauf ankommen, ob etwa die vertragsmäßige Bestimmung gewisser Verhältnisse häufiger oder seltener vorkommt und ob deshalb das gesetzlich normirte Verhältniß factisch als Regel oder als Ausnahme erscheint; von einer für dasselbe sprechenden Vermuthung kann im juristischen Sinne nur insofern die Rede sein, als allerdings das Vorhandensein eines bestimmten Vertrages, als etwas factisches, nicht vermuthet wird und daher, wenn es geläugnet wird, von dem, welcher sich darauf beruft, bewiesen werden muß [12]), nicht aber dem Gegner der Beweis, daß kein Vertrag existirt, obliegt. Uebrigens aber steht dritten Personen eine gesetzliche Präsumtion, aus welcher sie rechtliche Folgen ableiten könnten, nicht zur Seite und würde es ihnen selbst zur Last fallen, wenn sie, im Vertrauen auf das Nichtbestehen eines vertragsmäßigen und in der Voraussetzung des gesetzlich bestimmten Verhältnisses, ohne sich darüber Auskunft zu verschaffen, Rechtsgeschäfte eingehen nnd dadurch Nachtheile erleiden. Es kann aber auch ferner das Güterrecht der Ehegatten im Verhältniß zu einander und zu Dritten nicht ein verschiedenes sein, das letztere ist überall kein selbstständiges, sondern das Verhältniß der Ehegatten unter sich ist maaßgebend und bestimmend auch für das Verhältniß zu Dritten, und wenn daher die Ehegatten in getrennten Gütern leben, so muß sich dieses auch in Beziehung auf dieses Verhältniß äußern. Zu einer zu Gunsten der Gläubiger aufzustellenden Fiction einer be-

[12]) Falk, Samml. v. Abhandl. aus d. Anz. V. 26.

stehenden Gütergemeinschaft ist um so weniger Grund, als sie selbst der Vorwurf trifft, daß sie sich nicht nach den bestehenden Verhältnissen erkundigt haben. — Eine entgegenstehende Praxis, nach welcher die Bekanntmachung der Ehepacten zu deren Gültigkeit erfordert würde, ist nicht nachzuweisen, vielmehr eher das Gegentheil, indem theils eine solche nur in den wenigsten Fällen geschieht, theils von den höheren Gerichten dieselbe für nicht nothwendig erkannt worden ist [13]), auch bei den früheren Bestätigungen von Ehepacten ein die Publication vorschreibender Vorbehalt nicht hinzugefügt ward, wie solches ohne Zweifel geschehen sein würde, wenn dieselbe erforderlich gewesen wäre. Dem Gläubiger, welcher einem Ehemanne in der Voraussetzung eines diesem von der Frau zugebrachten und in die Gütergemeinschaft gefallenen Vermögens creditirt hat, wird daher ein Anspruch an dieses Frauengut nur im Falle eines ihr nachzuweisenden dolus zustehen können; dazu aber ist es nicht hinreichend, daß die Ehepacten nicht publicirt worden sind, sondern der Beweis einer in betrügerischer Absicht geschehenen Verheimlichung erforderlich. — Zwar wird die gegen den Ehemann zu vollziehende Execution auf alle in seinem Besitze befindlichen Güter, mithin auch die etwa der Frau gehörenden, gerichtet werden, sie kann diese aber unter Berufung auf die nicht stattfindende Gütergemeinschaft, wie bei dieser ihr gesetzliches Sondergut, vindiciren, wogegen denn der Gläubiger die exceptio doli, wie angegeben, zu begründen und zu beweisen haben würde.

---

§ 29.

Ehepacten während der Ehe.

Bisher ist von dem gewöhnlichen Falle, daß die Ehepacten vor Eingehung der Ehe errichtet werden, die Rede gewesen

---

[13]) s. d. in Anm. 11 angeführten Erkenntnisse. Falks angef. Samml. III. S. XII.

und es wird jetzt noch der während der Ehe errichteten zu erwähnen sein. Daß nämlich auch die mit Eingehung der Ehe eingetretenen Güterverhältnisse später durch Verträge abgeändert werden können, ist im Allgemeinen nicht bezweifelt worden, es ist aber von Manchen theils, wie bei den vor der Ehe errichteten Ehepacten, das Erforderniß der öffentlichen Bekanntmachung angenommen, theils die Behauptung aufgestellt worden, daß die Ehegatten ihr Güterverhältniß nicht zum Nachtheil der Gläubiger ändern dürften und daher die während der Ehe abgeschlossenen Eheverträge, durch welche die Gütergemeinschaft aufgehoben werde, auf die Haftung des bis dahin gemeinsamen Vermögens für die zur Zeit vorhandenen Schulden keinen Einfluß äußern könnten [14]). Was nun die öffentliche Bekanntmachung betrifft, so würde diese für die bereits vorhandenen Gläubiger ohne erheblichen Nutzen sein, übrigens aber läßt sich zwar nicht läugnen, daß Zweckmäßigkeit und Billigkeit in diesem Falle noch mehr dafür sprechen, als bei den vor der Ehe errichteten Ehepacten, indem eine noch größere Wahrscheinlichkeit für das Fortbestehen der bereits eingetretenen Verhältnisse zu sein scheint. Gegen die Nothwendigkeit der Bekanntmachung indessen kommen die bereits angeführten Gründe auch hier zur Anwendung [15]) und es kann auch hier eine rechtliche Präsumtion, aus welcher dritte Personen Rechte herleiten könnten, nicht angenommen werden, vielmehr muß es den Gläubigern auf gleiche Weise zur Last fallen, daß sie sich mit der factischen Wahrscheinlichkeit des Fortbestehens der früheren Verhältnisse, falls ihnen diese überall bekannt gewesen sind, begnügt und sich keine Gewißheit darüber verschafft haben. In Betreff der bereits vorhandenen Schulden dagegen versteht es sich freilich von selbst, daß erworbene Rechte der Gläubiger durch einen zwischen den Ehegatten abgeschlossenen Vertrag nicht gekränkt werden dürfen und können; allein, daß die Gläubiger des

---

[14]) Paulsen staatsb. Mag. II. 328 (21), Lehrb. S. 270. Falk IV. 432. Esmarch bürg. R. S. 68.

[15]) S. H. Anz. 1846 S. 47; 1847 S. 235 ff.

einen Ehegatten allgemein und, ohne sich deshalb besonders vorgesehen zu haben, wirklich ein Recht an dem Vermögen des anderen Ehegatten erworben haben, welches durch den Vertrag gekränkt werde, kann nicht zugegeben werden. Die Gläubiger haben an sich nur einen persönlichen Anspruch an ihren Schuldner, keineswegs aber, von einem bestellten Pfandrechte abgesehen, einen directen Anspruch an sein Vermögen, weshalb ihm auch durch das Vorhandensein der Schulden die Dispositionsfreiheit nicht entzogen wird und die Gläubiger von ihm vorgenommene Veräußerungen nur ausnahmsweise aus ganz besonderen Gründen anfechten können. Von einer Haft seines Vermögens für seine Schulden kann nur insofern die Rede sein, als das zur Zeit der Geltendmachung der Forderung vorhandene Vermögen als Gegenstand der Execution in Anspruch genommen werden kann; bis dahin ist, so wie das Vermögen, so die reelle Sicherheit der Gläubiger stetem Wechsel unterworfen und die zur Zeit der Begründung der Schuld vorhandenen oder später hinzugekommenen, aber wieder veräußerten Vermögenstheile können nicht blos deshalb, weil sie während des Schuldverhältnisses eine anscheinende Sicherheit gewährten und dieses vielleicht gerade mit Rücksicht darauf eingegangen ist, in Anspruch genommen werden. Eben so wenig aber, wie an dem ursprünglichen Vermögen des Schuldners, haben die Gläubiger ein Recht an den damit vereinten Vermögenstheilen seines Ehegatten, sondern auf gleiche Weise nur die Hoffnung auch daran im Falle der gerichtlichen Geltendmachung ihrer Forderungen sich halten zu können; keineswegs sind sie berechtigt zu verlangen, daß keine Trennung dieser Vermögenstheile von dem Vermögen ihres Schuldners vorgenommen werde, und nur unter solchen Umständen, welche ausnahmsweise ein Einschreiten gegen beabsichtigte oder bereits vorgenommene Veräußerungen des Schuldners begründen können, würde ihnen eine Anfechtung der durch Vertrag der Ehegatten bewirkten Trennung des Vermögens zustehen. Auch hier ist daher das Haften der in dem Gemeingute befindlichen Vermögenstheile des einen Ehegatten für die Schulden des

anderen darauf beschränkt, daß sie als Gegenstand der Execution dienen, insofern alsdann noch jenes Verhältniß Statt findet, ein Recht auf die Fortdauer dieses Verhältnisses aber geht daraus nicht hervor und, wie die Gläubiger jene Vermögenstheile im Falle der geschehenen Veräußerung an Dritte bei diesen nicht würden in Anspruch nehmen können, so steht ihnen solches auch nicht gegen den andern Ehegatten zu, wenn dieser durch einen an sich erlaubten Vertrag sie wieder als Sondergut zurückerworben hat. Denn auch ein persönliches Recht hat der Gläubiger des einen Ehegatten gegen den anderen nicht, wenn nicht ein besonderer Verpflichtungsgrund im einzelnen Falle ein solches begründet. Insofern daher die Gläubiger nicht durch eine solche persönliche Verpflichtung als Correalschuldner oder Bürge, oder durch Bestellung eines Pfandrechts sich vorgesehen haben, wird von einem erworbenen Rechte an jenen Vermögenstheilen oder auf die Fortdauer jenes Güterverhältnisses zur fortwährenden Sicherheit ihrer Forderungen nicht die Rede sein können.

Wie das Verhältniß der Gütergemeinschaft ganz durch Vertrag aufgehoben werden kann, so kann solches auch theilweise geschehen, so daß gewisse Vermögenstheile oder bestimmte Gegenstände entweder nicht in die Gemeinschaft fallen [16]) oder wieder aus derselben herausgehen und Sondergut des einen Ehegatten bleiben oder werden, in welchen Fällen denn in Betreff dieser Gegenstände, insofern das Verhältniß nicht in dem Vertrage selbst im Einzelnen näher bestimmt ist, die sonst vom Sondergute geltenden Regeln eintreten.

Daß in Betreff des Sondergutes Rechtsgeschäfte unter den Ehegatten abgeschlossen werden können und der eine dem anderen solches übertragen kann, ist unzweifelhaft [17]) und es stehen solche Veräußerungen und Uebertragungen unter den allgemeinen Regeln. Auch Schenkungen unter Ehegatten machen davon keine Ausnahme, indem die im J. L. III. 43 enthaltene

---

[16]) Krieger S. 39 Anm. 7.

[17]) Patent vom 5ten Febr. 1821.

Einschränkung in Beziehung auf die Einwilligung der nächsten Erben nur eine Anwendung des diesen früher allgemein zustehenden Rechts und mit diesem hinfällig geworden ist [18]).

---

§ 30.

Veränderung des Wohnorts und Gerichtsstandes.

2) Die unter den Rechtslehrern fortwährend streitige Frage, ob die Güterrechte der Ehegatten durch Veränderung des Wohnorts derselben eine Abänderung erleiden [19]), ist für das Herzogthum Schleswig durch eine feststehende Praxis bejahend entschieden und kann daher insofern hier übergangen werden [20]). Der Wohnort des Ehemannes zur Zeit der Ein-

---

[18]) Vergl. Paulsen (staatsb. Mag. II. 345 ff.) Lehrb. § 158. Falk IV. 473 ff. Esmarch bürg. R. S. 66 ff. (Erbr. § 17 Anm. 5 a. E.)

[19]) s. unter den Neueren für die Bejahung Eichhorn D. Privatr. § 309, Philips D. Privatr. § 139. Maurenbrecher § 484, Kirulf gem. Civilr. S. 78. Runde ehel. Güterr. § 97; dagegen Wächter im Arch. f. civ. Pr. XXV. 49 ff. Savigny Syst. VIII. 328 ff. Gerber D. Privatr. S. 550 ff.

[20]) Paulsen im staatsb. Mag. II. 324 ff. (17 ff.), Lehrb. § 139. Falk I. 150, IV. 429. Esmarch Erbr. S. 42 ff., bürg. R. S. 61. Krieger S. 30. S.-H. A. 1846 S. 46; „so wie die in Folge gesetzlicher Vorschrift für Eheleute geltenden güterrechtlichen Normen sich ändern, wenn die Eheleute während der Ehe etwas hiervon Abweichendes vertragsmäßig bestimmen, so tritt gleichfalls eine Aenderung alsdann ein, wenn die Eheleute durch einen Wechsel ihres Gerichtsstandes einem neuen Rechte unterworfen werden, welches in güterrechtlicher Beziehung andere Normen enthält, als die bisher zur Anwendung gebrachten. Von diesem Zeitpunkte an sind alle Voraussetzungen für die Anwendung des an dem neuen Wohnorte geltenden Rechts vorhanden und es fehlt an jedem Grunde dieses nicht zur Anwendung zu bringen, wohingegen das Statut des früheren Wohnorts das fragliche Rechtsverhältniß zu beherrschen aufgehört hat. Die Rechtsregeln über die Güterverhältnisse der Eheleute äußern nicht bloß eine momentane Wirkung in der Art, daß sie lediglich die in einem gegebenen Zeitpunkte, z. B. in dem Augenblicke der eingegangenen Ehe, existirenden Rechte und Verbindlichkeiten jedes der beiden Ehegatten

gehung der Ehe ist entscheidend für das eintretende Güterverhältniß der Ehegatten und mit jenem Wohnorte verändert sich zugleich dieses Güterverhältniß, insofern das an dem neuen Wohnorte geltende Recht ein anderes bestimmt und nicht durch Ehepacten entweder von Anfang an das Güterverhältniß festgesetzt oder später der Veränderung desselben vorgebeugt ist. So wenig wie die Frau berechtigt ist, sich einer solchen Veränderung des Domicils zu widersetzen, eben so wenig steht ihr das Recht zu, die dadurch bewirkte Veränderung des Güterverhältnisses abzuwenden, und mit Recht hat Paulsen den in der ersten Ausgabe seines Lehrbuchs § 138 hinzugefügten Satz, „daß jeder der Ehegatten einseitig die vertragsmäßige Erhaltung des bisherigen Güterrechts fordern könne, weil er hierzu die Befugniß gehabt hätte, wenn die Ehe gleich anfangs unter diesem Gerichtsstande eingegangen wäre, in der 2ten Auflage weggelassen. Die Eingehung der Ehe kann die Frau allerdings von Bedingungen abhängig machen, die Veränderung des Wohnorts aber und die damit eintretenden Wirkungen dagegen eben so wenig, wie irgend eine dem Manne zustehende Administrations- oder Dispositions-Handlung [21]. Da ferner, wie bereits früher bemerkt, das unter den Ehegatten bestehende Güterverhältniß auch für die Rechte Dritter und namentlich der Gläubiger entscheidend ist [22], so muß auch in Beziehung auf diese jene Veränderung von Wirkung sein und es kann dagegen ein angebliches Recht der bereits vorhandenen Gläubiger

---

entweder sämmtlich oder theilweise zu gemeinsamen machten, sondern es üben jene Rechtsregeln einen fortdauernden Einfluß auf den Rechtszustand der Eheleute aus, welcher sich wirksam zeigt, so oft während der Ehe innerhalb gewisser Gränzen neue Rechte erworben oder neue Verbindlichkeiten begründet werden. Es würde eine Anomalie sein, wenn die Güterverhältnisse der Eheleute nach einem Rechte geordnet werden sollten, unter welchem dieselben zwar früher einmal gestanden haben, zur Zeit aber nicht mehr stehen, und eine solche Anomalie darf ohne eine gesetzliche Vorschrift nicht angenommen werden rc." 1847 S. 235 ff.

21) Falks Arch. II. 535. Runde S. 352.

22) Wächter a. a. O. S. 57 ff.

eben so wenig geltend gemacht werden, als es oben in Betreff einer während der Ehe durch Vertrag bewirkten Veränderung hat zugegeben werden können, indem den Gläubigern im Allgemeinen weder ein dingliches Recht an dem Vermögen, noch ein persönliches an den anderen Ehegatten zusteht [23]. Auch ist dieses keineswegs der einzige Fall, in welchem der Gläubiger durch Wohnungsveränderung des Schuldners in Nachtheil gerathen kann; dasselbe ist z. B. der Fall, wenn ein Wechselschuldner nach einem Orte zieht, wo kein Wechselrecht gilt und dieses daher auch nicht geltend gemacht werden kann. Es wird daher in Betreff der Hauptwirkungen, in welchen die Gütergemeinschaft sich äußert, auf den Zeitpunkt, wo dieselben eintreten, ankommen und das Recht des Ortes zur Anwendung gebracht werden müssen, wo der Ehemann damals sein Domicil hatte, mithin in Betreff der Theilung des Vermögens auf seine Todeszeit, in Betreff des Haftens für die Schulden auf die Zeit der Beitreibung derselben.

Dasselbe, was hier von der Veränderung des Domicils gesagt ist, muß auch dann zur Anwendung kommen, wenn auf andere Weise der Gerichtsstand des Ehemannes verändert wird, welches freilich jetzt, nach Aufhebung des privilegirten höheren Gerichtsstandes, seltener der Fall ist, aber z. B. dann, wenn der Ehemann aus dem Civil- in den Militairstand übergeht oder umgekehrt [24]; imgleichen bei der Unterlegung des Wohnorts unter eine andere Jurisdiction, insofern damit zugleich eine Veränderung des geltenden Rechts verbunden ist [25] und bei einer Veränderung in der Gesetzgebung, doch werden in solchen Fällen nicht selten transitorische Bestimmungen erlassen [26].

---

[23]) Paulsen im staatsb. Mag. II. 326 (10), Lehrb. a. a. O. Anm. 5, S. H. A. a. a. O.

[24]) S. H. Anz. 1846 S. 46 ff.; Paulsen staatsb. Mag. II. 328 (21).

[25]) Falk IV. 429 Anm. 2; Krieger S. 30 Anm. 10.

[26]) Verordn. 7. Novbr. 1832 § 13 und dazu Motive in Colleg. Tid. 1832 S. 853 ff.

§ 31.

Separation.

3) Eine factische Separation der Ehegatten hat, so lange die Ehe nicht förmlich getrennt wird, an sich auf das bestehende Güterverhältniß keinen Einfluß, vielmehr bleibt dieses sowohl in Betreff der dem Ehemanne zustehenden Rechte als der Verhältnisse zu Dritten unverändert, insofern nicht vertragsmäßig etwas Anderes bestimmt wird. Hiervon abgesehen werden daher die Befugnisse der Ehefrau im Allgemeinen dadurch nicht erweitert, weder in Beziehung auf das Gemeingut noch auch auf ihr Sondergut, indem die dem Manne zustehende Ehevogtschaft durch eine solche blos factische Trennung nicht aufgehoben wird. Da indessen die Frau dadurch auch nicht rechtlos werden kann, so wird man ihr wenigstens gestatten müssen, in Betreff persönlicher Angelegenheiten unter Beistand eines anderen erbetenen oder gerichtlich bestellten Curators außergerichtlich sowohl als gerichtlich aufzutreten [27]) und ebenso wird sie in Beziehung auf die ihr von dem Manne überlassenen, sowie der später erworbenen Vermögensgegenstände zur Eingehung von Rechtsgeschäften befugt sein und auch, wenngleich der Ehemann dadurch weder persönlich noch in Beziehung auf das in seinem Besitze befindliche Vermögen auf irgend eine Weise verpflichtet werden kann, wegen von ihr gemachter Schulden in weiterem Umfange, wie sonst der Regel nach, selbst verpflichtet sein, ohne sich dagegen auf den mangelnden Consens des Ehemannes berufen zu können.

---

[27]) S. H. Anz. 1845 S. 56. Jurist. Wochenschr. 1856 S. 269 ff.

Sechster Abschnitt.

Die fortgesetzte Gütergemeinschaft.

§ 32.

Begriff und Wesen.

Mit dem Ausdruck „fortgesetzte Gütergemeinschaft" bezeichnet man das Verhältniß des in ungetheilten Gütern mit seinen Kindern bleibenden längstlebenden Ehegatten [1]. Die Aeußerungen der alten dänischen Provinzialgesetzbücher über dieses Verhältniß sind völlig übereinstimmend. Bei dem Vater wird es als sich von selbst verstehend vorausgesetzt, es ist eine natürliche Folge der väterlichen Vormundschaft und dauert daher seinem wesentlichen Begriffe nach als ein Recht nur bis zur Mündigkeit der Söhne und der Verheirathung der Töchter, durch welche die Vormundschaft auf den Ehemann übergeht [2]. Von der Mutter dagegen heißt es ausdrücklich, wo von der Vormundschaft die Rede ist, so lange die Mutter mit ihren vaterlosen Kindern im Wittwenstande sitzen bleiben will, soll man sie ihr nicht abnehmen, sie zieht alle Nutzung

[1] Mittermaier in Zeitschr. f. gesch. Rechtsw. II. 337—343. Paulsen im staatsb. Mag. II. 580 ff. (47 ff.), Lehrb. § 141, 165. Falk IV. 433, V. § 88, 89. Krieger S. 41. M. Schrift: Schleswigs Recht ꝛc. S. 24 ff.

[2] J. L. I. 6 § 2 of han skiftær with sinæ eghæn børn, thær the faræ fra hanum; I. 7. Sitæ Sunær mæth theræ fathær, sithæn theræ mothær ær døth ......

vom Vermögen und verfährt damit nach Belieben, aber das Land sollen Vormünder bewahren und vertreten, auch sollen diese, wie im Schonischen und Seeländischen Gesetzbuche hinzugefügt wird, darauf achten, daß die Mutter das Gut der Kinder nicht verbringt (at mothær forhægthar æi ægn børna sinna) [3]. Völlig in Uebereinstimmung damit wird das Verhältniß in der Vormünderverordnung vom 19ten März 1742 bestimmt. Nach dem § 1 „sollen die Väter, nach Absterben der Mütter, natürliche Vormünder ihrer beiderseitigen unmündigen Kinder verbleiben und nicht schuldig sein, so lange sie nicht zur anderen Ehe schreiten oder die Söhne nach erlangten in den Gesetzen determinirten Jahren, oder die durch Heirathen aus der Gemeinschaft geschiedene Töchter ihr mütterliches Erbe fordern, sich mit ihnen desfals abzufinden.“ Die nachlebende Wittwe soll nach § 4 „mit den Kindern in ungetheilten Gütern zu verbleiben befugt sein, so lange sie nicht selbst auf die Theilung bringet oder zur andern Ehe schreitet, oder die mündig gewordenen Kinder aus der Gemeinschaft gehen und ihr väterliches Erbe fordern, und sie überhaupt in der Haushaltung, als einer getreuen Mutter geziemt, verfahren wird, gestalt dann, um allem Schaden vorzubeugen, die Obrigkeit einen oder mehrere Vormünder zuzuordnen hat, welche auf die Oeconomie der Mütter genaue Obsicht haben.“

Schon Blüting in der Glosse zu J. L. I. 17 S. 72 und im Erbgangsrecht Cap. 30 macht auf die Verschiedenheit jenes

---

3) J. L. I. 29. Kunæ mæth hun wil sitiæ mæth sinæ fathærløse børn umannæth ok ugift, tha mughæ mæn æi børn fra hænnæ takæ, æn thæræ iord skullæ tho laghæværiæ gæzlæ mæn at wæræ ok tilsiune mæn ok wæriæ thæm mæth logh of annæn fallæra. Mothær takær tho allæ nytiæ af then garth ok skipæ æftær sin williæ. — E. S. L. I. 46. Sk. L. III. 14. And. Sunesen cap. 22 Juris permittit equitas et suadet ratio pietatis, maternum affectum, mortis imperio mariti consortio viduatum, iusto solacio filiorum cum bonis eorum omnibus maternae custodiae mancipandorum, quamdiu novos amplexus aspernata fuerit, coniunctorum filiis proximorum consilio provisionis feminae defectum supplente.

Verhältnisses von dem der ehelichen Gütergemeinschaft aufmerksam und diese Verschiedenheit ist auch von neueren Schriftstellern mehrfach hervorgehoben worden. Allerdings nämlich ist auch in diesem Falle eine Art Gemeinschaft vorhanden, eine ungetheilte Vermögensmasse, an welcher sowohl dem nachlebenden Ehegatten als den Kindern Rechte zustehen, auch bildet im Allgemeinen das während der Ehe gemeinschaftlich gewesene Vermögen den Gegenstand dieser Gemeinschaft und es tritt überhaupt, insbesondere wenn der Wittwer mit unmündigen Kindern in ungetheilten Gütern sitzt, die in dem güterrechtlichen Verhältnisse eingetretene Veränderung äußerlich nicht hervor. Dennoch aber finden wesentliche Verschiedenheiten Statt sowohl in Betreff der rechtlichen Stellung der Theilnehmer an jener Gemeinschaft, als des Gegenstandes, der Existenz und der Dauer derselben, so daß jedenfalls nur von einer factischen Fortsetzung der bisherigen Gütergemeinschaft gesprochen werden kann, rechtlich aber ein völlig verändertes Verhältniß eingetreten ist. Während der Dauer der ehelichen Gütergemeinschaft bildet das Gemeingut eine auch ideell ungetheilte Vermögensmasse, den Kindern aber stehen daran überall keine Rechte zu, sie können selbst nach erreichter Volljährigkeit oder bei ihrer Verheirathung oder bei einem Ausscheiden aus dem elterlichen Hause keinen Vermögenstheil und keine Abfindung irgend einer Art verlangen, sie sind sogar, so lange nicht ein solches Ausscheiden Statt gefunden hat und sie dadurch zu einer selbstständigen Stellung gelangt sind, der Regel nach überhaupt vermögenslos, weshalb auch bei ihrem Tode von einer Erbschaft und einer Beerbung überall nicht die Rede ist [4]). Alles dieses gestaltet sich anders mit dem Tode des einen der Eltern. Dadurch sind zunächst den Kindern die

---

[4]) J. L. I. 9 § 1, 12, 13 § 2, 14 § 1. Daß ausnahmsweise durch Schenkungen und testamentarische Bestimmungen den Kindern ein eigenes Vermögen zugewandt werden und ganz oder theilweise der Disposition des Vaters entzogen werden kann, ist nicht zu bezweifeln. Auch enthält J. L. I. 11 schon eine Ausnahme. Vergl. Blüting zu I. 12 S. 56, Paulsen Lehrb. § 162 Anm. 5. Falk V. 21 ff.

ihnen als mütterliches oder väterliches Erbe zukommenden Antheile sowohl an dem Gemeingute als an dem Sondergute des verstorbenen Ehegatten angefallen, dieses ihr Erbrecht tritt schon jetzt insofern in Kraft, daß die ihnen zufolge desselben zustehenden Antheile, und zugleich der dem nachlebenden Ehegatten verbleibende Theil, ideell von nun an bestimmt sind und danach bei der demnächstigen reellen Theilung nur der Betrag zu ermitteln ist, so daß darin weder durch eine Verfügung des nachlebenden Ehegatten etwas verändert werden kann, noch ein später eintretender Umstand, wie der Tod eines der Kinder vor erfolgter Theilung oder Veränderung des Domicils, darauf einen Einfluß äußert [5]). Zwar äußern sich jene Rechte der Kinder wegen des dem nachlebenden Ehegatten zustehenden Verwaltungs- und Verfügungsrechts zunächst nicht positiv wirksam, ebensowenig wie die Rechte der Ehefrau während der Ehe; wenn aber eins der Kinder stirbt, so tritt nun ein wirklicher Erbfall ein, das Kind wird beerbt entweder von dem Vater allein oder von Mutter und Geschwistern, auch dann, wenn es kein Vermögen besaß außer dem ihm nach dem zuerst verstorbenen Ehegatten erblich angefallenen Antheile an dem ungetheilt gebliebenen Gemeingute. So schon nach J. L. I. 9, wo ausdrücklich bemerkt wird, daß es keinen Unterschied macht, ob das Kind bereits abgetheilt ist oder nicht, und vorausgesetzt wird es bei der I. 1 hervorgehobenen Frage, ob Mutter oder Kind früher gestorben sei [6]). Ein solcher Erbfall bewirkt zwar, so lange die Gemeinschaft mit den übrigen Kindern fortgesetzt wird, keine Veränderung in dem bestehenden güterrechtlichen Verhältnisse, indem der Antheil des verstorbenen Kindes in dem gemeinschaftlichen Vermögen bleibt. Wenn aber demnächst

[5]) S. H. Anz. 1839 S. 59. „Daß die den Kindern durch den Tod ihres Vaters erwachsenen Erbrechte an dem väterlichen Vermögen durch die Veränderung des Wohnorts der Mutter nicht alterirt worden sind." 1844 S. 255 ff. Falks Samml. v. Abh. aus D. Anz. III. 501 ff.

[6]) Vergl. o. 1ste Abhdl. Anm. 8. Blüting zu I. 1 S. 4. In der Thorsenschen Ausg. des J. L. ist am Schlusse von I. 9 statt styvpfathær zu lesen styvpbarn.

die wirkliche Theilung vorgenommen wird, sei es zwischen dem nachlebenden Ehegatten und den Kindern, oder nach dem Tode des ersteren unter diesen, dann müssen solche mittlerweile eingetretenen Erbfälle, jeder für sich berücksichtigt und zu diesem Zwecke die Antheile der verstorbenen Kinder ermittelt werden, selbst wenn dadurch in Betreff der Theilung ein verschiedenes Resultat nicht hervorgebracht werden sollte, indem nämlich jedenfalls auch von diesen auf solche Weise weiter vererbten Antheilen verstorbener Kinder die Erbschaftsteuer erlegt werden muß [7]). Dieses muß selbst dann geschehen, wenn durch das Absterben aller Kinder das ganze Vermögen dem Vater oder der Mutter anheimfällt, indem die Erbschaftsteuer zwar nicht von dem dem längstlebenden Ehegatten zufolge der ehelichen Gütergemeinschaft und also nicht vermöge Erbrechts zufallenden Antheile, wohl aber von den zunächst den Kindern und darauf dem Vater oder der Mutter angestorbenen Vermögenstheilen zu erlegen ist [8]). Es ist demnach in den Gesetzen der Grundsatz entschieden ausgesprochen, daß das Erbrecht der Kinder gleich bei dem Tode des einen Ehegatten insofern in Kraft tritt, daß die Erbtheile ideel fixirt und bei dem auch während der sogenannten fortgesetzten Gütergemeinschaft erfolgenden Tode der Kinder weiter vererbt werden. Uebrigens kann freilich jene Beerbung, so lange der ungetheilte Güterbesitz fortdauert, wenigstens während der Unmündigkeit der Kinder keine Wirkungen äußern.

---

[7]) Patent v. 24sten April 1811 § 2. „Wenn Kinder, die mit Vater oder Mutter in gemeinschaftlichem Güterbesitze gelebt und außer ihrem Antheile an dem Gesammtgute kein eigenes Vermögen besessen haben, versterben, so soll die Erbschaftssteuer von dem Antheil solcher Kinder an dem Gesammtgute bis zur Aufhebung der Gemeinschaft ungefordert bleiben." Esmarch Erbr. § 76 S. 319.

[8]) Verordn. v. 8ten Febr. 1810 § 4a. Kanzleischr. 10ten Januar 1835. Bekanntm. 13ten Octbr. 1842. Rentek. Schr. 3ten Octbr. 1843.

§ 33.

Dauer; Fortsetzung mit mündigen Kindern.

Der nachlebende Ehegatte ist nur berechtigt, nicht aber verpflichtet, in ungetheilten Gütern mit den Kindern sitzen zu bleiben, kann vielmehr zu jeder Zeit diese Gemeinschaft durch Aussage oder Theilung beendigen [9]), wodurch denn ein wirklich abgesondertes und besonders zu verwaltendes Vermögen der Kinder entsteht. Von Seiten der Kinder dagegen kann eine Auftheilung, von dem Falle der Wiederverheirathung des nachlebenden Ehegatten abgesehen, regelmäßig erst nach errichteter Mündigkeit und von den Töchtern auch bei einer früheren Verheirathung gefordert werden. Das Jütsche Lov I. 7 giebt nur den mündigen Söhnen dieses Recht, nicht aber den Töchtern, da diese unter der Vormundschaft des Vaters blieben, daher erst dann, „wenn er ihnen einen anderen Vormund gegeben habe" (fyrræ æn han givær hænnæ annen wæriæ), mithin regelmäßig nur für den Fall der Verheirathung, durch welche die Vormundschaft auf den Ehemann überging. Auch die Vormünderverordnung macht diesen Unterschied, indem sie im § 1 nur den Söhnen nach erlangten in den Gesetzen determinirten Jahren, den Töchtern aber nur, wenn sie durch Heirathen aus der Gemeinschaft scheiden, das Recht zugesteht, ihr mütterliches Erbe zu fordern, wogegen im § 4 und 31 der Mutter gegenüber den mündig gewordenen Kindern allgemein das Recht auf Theilung zu dringen zugestanden wird. Jedoch muß dieses Recht jetzt auch im Verhältnisse zum Vater den mündigen Töchtern, nicht allein bei ihrer Verheirathung, durch die Praxis und auch gesetzlich durch die Verfügung vom 24sten October 1837 § 1 und 6 als eingeräumt angesehen werden [10]). —

[9]) Vorm. Vrdn. § 1 daß die Väter ... nicht schuldig und gehalten sein sollen. § 4 Die Wittwe .. so lange sie nicht selbst auf die Theilung bringet. Rescr. v. 20sten Febr. 1764 oder nur mit seinen Kindern ihrer mütterlichen Mittel wegen sich auseinander setzen wollen. Paulsen Lehrb. § 141 Anm. 2.

[10]) Falk V. 49.

Wenn aber, wie häufig der Fall ist, die mündigen oder verheiratheten Kinder von jenem Rechte, die Abtheilung zu verlangen, keinen Gebrauch machen, sondern den nachlebenden Ehegatten in ungetheilten Gütern fortsitzen lassen, so kann es in mehrfacher Beziehung zweifelhaft sein, inwiefern durch den Eintritt der Mündigkeit oder die erfolgte Verheirathung Veränderungen in Betreff des rechtlichen Verhältnisses bewirkt werden. In Betreff der unmündigen Kinder nämlich äußert sich, wie bereits bemerkt, so lange die Gemeinschaft besteht, der geschehene Anfall des väterlichen oder mütterlichen Erbes positiv erst bei dem Tode des Kindes, indem alsdann der demselben durch jenen Anfall erworbene Antheil an dem Gesammtgute an die gesetzlichen Erben des Kindes weiter vererbt wird. Damit aber ist zugleich bestimmt ausgesprochen, daß daß Erbrecht des Kindes nach Vater oder Mutter bereits wirklich in Kraft getreten war und daß ein Antheil an dem Gesammtgute als dem Kinde dadurch erworben und, ungeachtet der fortdauernden factischen Ungetheiltheit, als ein eigenes Vermögen des Kindes angesehen und behandelt wird. Daß außer dieser Vererbung an die gesetzlichen Erben vor der durch Mündigkeit oder Verheirathung eingetretenen Selbstständigkeit des Kindes keine Wirkungen eintreten können, ist gerade nur eine Folge der bis dahin fortdauernden Unselbstständigkeit; sobald diese aber aufhört, ist kein Grund vorhanden, weshalb die eingetretene Dispositionsfähigkeit sich nicht sowohl in Betreff dieses, als jedes anderweitigen Vermögens sollte äußern können. Allerdings steht es dem Kinde, so lange es nicht durch eine ausdrückliche Erklärung oder concludente Handlung sich davon ausgeschlossen und sich gebunden hat, frei, jenes Erbe auszuschlagen und es können deshalb bis dahin Verpflichtungen für das Kind aus dem erfolgten Erbanfalle nicht eintreten. Es ist aber das mündige Kind und die verheirathete Tochter zu jeder Zeit berechtigt, die Auslieferung des Erbes, nach vorheriger Festsetzung des Betrages, zu verlangen [11]).

---

[11]) Vergl. Jurist. Wochenschr. 1856 S. 392.

Durch die Unbestimmtheit des Betrages wird das Recht an sich nicht betroffen und dieses geht, so wie es dem Kinde zustand, mit dessen sonstigem Vermögen sowohl auf seine testamentarischen, als gesetzlichen Erben über. Es ist aus diesen Gründen auch bereits früher ausgeführt worden, daß dem mündigen Kinde, wenn es auch den Vater oder die Mutter noch ferner in dem Besitze des ungetheilten Gesammtvermögens bleiben läßt, desungeachtet im Uebrigen die Disposition über seinen nur dem Betrage nach unbestimmten Antheil an diesem Vermögen nicht streitig gemacht werden könne. Imgleichen ist dort schon davon die Rede gewesen, inwiefern, wenn das Kind sich verheirathet und desungeachtet Vater oder Mutter in ungetheilten Gütern fortsitzen läßt, dessen Antheil an diesem Gesammtgute in die Gütergemeinschaft fällt, und ferner, inwiefern ein dem verheiratheten Kinde während der Ehe durch den Tod des Vaters oder der Mutter anfallendes Erbe, ungeachtet der nachlebende parens in ungetheilten Gütern sitzen bleibt, zum Herbeiführen des Arvebets geeignet ist. Die erste Frage ist dort aus obigen Gründen bejahend, die zweite dagegen verneinend beantwortet worden, weil es zum Eintreten des Arvebets erforderlich ist, daß wirklich durch Erbschaft etwas in das Gemeingut hineingekommen ist.

---

§ 34.

Rechtsverhältniß.

Die Befugnisse des nachlebenden Ehegatten an dem gemeinschaftlichen Vermögen während der sog. fortgesetzten Gütergemeinschaft sind im Wesentlichen denen des Ehemannes an dem ehelichen Gemeingute während der Ehe gleich, so daß jenes Vermögen in jeder Beziehung activ und passiv von ihm vertreten wird und ihm ein unbeschränktes Verwaltungs- und Dispositionsrecht zusteht [12]). Im Allgemeinen ist hierin auch

---

[12]) S. H. Anz. 1838 S. 276, 1839 S. 236, 1844 S. 255. Schlesw. jur. Wochenschr. 1854 S. 300. — Falk V. 14, 24.

kein Unterschied zwischen dem Wittwer und der Wittwe, doch ist die letztere der Controlle des oder der ihr zuzuordnenden Assistenten unterworfen, indem diese „auf die Oeconomie der Mutter genaue Obsicht haben und, im Falle sie darunter eine Unordnung und Dissipation der Güter vermerken, solches der Obrigkeit vermelden, letztere aber sodann sofort zu verfügen schuldig sein soll, daß zur ordentlichen Theilung geschritten werde" (Vorm. Vrdg. § 4, 30). Ob im einzelnen Falle die Rechte der Unmündigen in dem Grade gefährdet werden, daß deshalb ein Einschreiten begründet sei, muß dem Ermessen der Behörde überlassen sein und gegen deren Beschluß kann sowohl von der Wittwe als den Vormündern ein Recurs an das Appellationsgericht ergriffen werden. So wie aber der Wittwer überhaupt durch eine solche Mitaufsicht nicht beschränkt ist und daher nur unter den gewöhnlichen Voraussetzungen einer Prodigalitäts-Curatel gegen ihn eingeschritten werden kann, so sind diese nicht gerade Bedingung des Einschreitens gegen die Wittwe, jedoch wird immer auch dazu ein höherer Grad der Vernachlässigung oder Beeinträchtigung vorausgesetzt. Jene Assistenten, welche der Regel nach von der Wittwe selbst gewählt und in Vorschlag gebracht werden, sind übrigens aber nicht befugt, sich in die Verwaltung des gemeinschaftlichen Vermögens oder in die Erziehung der Kinder einzumischen und eben so wenig steht der gerichtlichen oder obervormundschaftlichen Behörde im Allgemeinen ein solches Einschreiten zu [13]). Nach einer constanten Praxis aber ist die Wittwe zur Veräußerung auch der zu dem gemeinschaftlichen Vermögen gehörenden Immobilien nicht ohne obervormundschaftliche Genehmigung befugt [14]). — Die ange-

---

[13]) S. H. A. 1847 S. 23. Falk V. 24 ff., wo jedoch bei Anm. 53 übersehen ist, daß nach § 30 der Schl. Vorm. Verordn. die Assistenten stets zunächst unter den väterlichen Verwandten gewählt werden sollen. Vergl. jur. Wochenschr. 1856 S. 69, 95 ff.

[14]) S. H. Anz. 1839 S. 58; 1845 S. 16.

gebenen Befugnisse des nachlebenden Ehegatten werden auch durch die eintretende Mündigkeit oder Verheirathung der Kinder an sich nicht verändert. Allerdings können diese die Auftheilung der Gemeinschaft fordern oder über die Art der Fortsetzung derselben Vereinbarungen treffen; insofern dieses aber nicht geschieht, sondern stillschweigend das bisherige Güterverhältniß fortgesetzt wird, bleibt dieses auch unverändert. Der Vater oder die Mutter behält daher die volle Verwaltungs- und Dispositionsfreiheit, ohne an die Zuziehung der mündigen Kinder gebunden zu sein und ist nach wie vor sowohl activ als passiv zur Vertretung der Gemeinschaft legitimirt. Die Mutter ist sogar jetzt unbeschränkter, indem sowohl die Controlle der Assistenten, als die bei Veräußerung von Immobilien erforderliche obervormundschaftliche Genehmigung wegfällt [15]. Auf keine Weise kann daher für Vater oder Mutter, als Repräsentanten des gemeinschaftlichen Vermögens, eine Verbindlichkeit für Schulden der Kinder eintreten [16]. Wenn aber gleich die Gläubiger eines mündigen Kindes nicht directe den nachlebenden parens desselben in Anspruch nehmen oder verlangen können, daß das in dessen Besitze befindliche ungetheilte Gemeingut zum Gegenstande der Execution wegen jener Schulden gemacht werde, so ist es doch eine davon verschiedene Frage, ob sie nicht berechtigt sind, die Ausscheidung des dem Kinde zustehenden ideellen Antheils von jenem Gemeingute zu verlangen, um demnächst daraus zu ihrer Befriedigung zu gelangen. Da nun jener ideelle Antheil dem Kinde nach den früheren Ausführungen wirklich zugefallen ist und als ein ihm zustehender, im Allgemeinen auf Andere übertragbarer, Vermögenstheil angesehen wird, so kann man den Gläubigern jenes Recht nicht entziehen und muß insbesondere im Concurse des Kindes jener Vermögenstheil ermittelt und zu der Concursmasse hinzugezogen werden. Auch kann man dagegen nicht

---

[15]) S. H. Anz. 1839 S. 57, 236; 1840 S. 301 ff.; 1841 S. 225; 1851 S. 221.

[16]) S. H. Anz. 1838 S. 38. M. Schr. S. 105 Nr. 113.

einwenden, daß das Kind jenen ihm angefallenen Erbtheil noch ausschlagen konnte, indem die Befugniß dazu zum Nachtheil der Gläubiger ihm um so weniger zugestanden werden kann, als durch den definitiven Erwerb ein rechtlicher Nachtheil für das Kind nicht entsteht.

---

§ 35.

Gegenstand: Sondergut.

Den Gegenstand der fortgesetzten Gütergemeinschaft bildet zunächst das bei dem Tode des zuerst verstorbenen Ehegatten vorhandene eheliche Gemeingut, jedoch, wenn der Ehemann der längstlebende ist, mit Ausnahme des Kauflandes, indem daran den Kindern nach dem Tode der Mutter keine Antheile zufallen, dasselbe vielmehr erst nach dem Tode des Vaters wie väterliches Land vererbt wird [17]). Der Bestand des zur Theilung kommenden gemeinschaftlichen Vermögens aber wird der Natur der Sache nach nicht nach jenem Zeitpunkte, sondern nach der Zeit der vorzunehmenden Auftheilung bestimmt. Jede, sei es zufolge des dem parens zustehenden Verwaltungs- und Dispositionsrechts oder durch zufällige Umstände, eintretende Veränderung, jeder Gewinn und Verlust ist gemeinschaftlich [18]); imgleichen alles durch irgend eine Betriebsthätigkeit des parens oder durch den Hausfleiß der Kinder Erworbene, dagegen verbleibt diesen Dasjenige, was sie durch einen selbstständigen Betrieb irgend einer Art erwerben, auch wenn sie vor erreichter Mündigkeit mit Einwilligung des Vaters oder der Mutter einen solchen anfangen [19]). Auch in Betreff des Kauflandes gelten dieselben Regeln, wie bei den während der Ehe erwor-

---

[17]) J. L. I. 6 § 3, 7, 9.

[18]) Paulsen staatsb. Mag. II. 582 (48), Lehrb. S. 243. Esmarch Erbr. S. 334, 352. Blüting Gl. zu I. 6 S. 30. Rosenvinge gamle Domme I. 128.

[19]) Blüting zu J. L. I. 12. Falk V. 21 ff.

benen; das während der von der Mutter fortgesetzten Gütergemeinschaft gekaufte Land fällt daher in diese, wogegen der Vater, so wie das während der Ehe, so auch das nachher erworbene Kaufland für sich behält[20]. Außerdem aber fällt auch der Ertrag des Sondervermögens sowohl des parens als der Kinder in die Gemeinschaft. In dieser Beziehung muß man das schon aus der Ehe herrührende Sondergut und das nachher durch Erbschaft oder Schenkung erworbene unterscheiden. Daß nun zunächst der nachlebende Ehegatte sein früheres Sondergut als solches behält und dasselbe der Substanz nach nicht zu dem Gemeingute gehört, ist unzweifelhaft; es steht daher auch sowohl dem Wittwer als der Wittwe darüber volle Dispositionsfreiheit zu, indem die während der Ehe aus der Ehevogtschaft des Mannes hervorgehende Beschränkung jetzt weggefallen ist. Auch kann die Mutter nach J. L. I. 29 § 6, wenn sie von ihrem Lande zum Besten der Gemeinschaft verkauft hat, ebenso wie bei einer während der Ehe von dem Manne vorgenommenen Veräußerung ihres Landes, bei der Auftheilung eine Entschädigung aus dem gemeinschaftlichen Vermögen verlangen. Was dagegen das frühere Sondergut des verstorbenen Ehegatten betrifft, so behält auch dieses zwar dem rechtlichen Begriffe nach seine bisherige Natur als ein von dem Gemeingute verschiedenes und gesondertes Vermögen, wenn dieselbe gleich, wie schon während der Ehe, so auch während der Dauer der fortgesetzten Gütergemeinschaft im Allgemeinen nicht äußerlich hervortritt, jedoch mit mehreren Verschiedenheiten und Ausnahmen. Das Jütsche Lov untersagt dem Vater allgemein, gleich anderen Vormündern, die Veräußerung des Landes der Kinder nach dem Tode der Mutter, welches Verbot sich ebenso in dem Schonischen Gesetze findet mit dem sich von selbst verstehenden Vorbehalte in Betreff des dem Wittwer

---

[20]) J. L. I. 6 § 9. forthy at all then iord bonde køpær, hvat hældær i fælæg mæth børn æth uthæn, thet hetær alt fæthærn, uten then lot thæræ husfrø fangær. — Blüting Gl. S. 30, 34, 36; Erbgangsr. Cap. 22. Jurist. Wochenschr. 1854 S. 8.

zufolge Erbrechts zufallenden Theils [21]). Schon durch dieses Miterbrecht an dem Lande der Frau entsteht nun aber eine Art Gemeinschaft auch an diesem und die Vormünderverordnung macht durchaus keinen Unterschied zwischen dem ehelichen Gemeingute und dem Sondergute der Ehefrau, sondern räumt dem Vater ohne irgend eine derartige Unterscheidung dieselben Rechte hinsichtlich der Verwaltung und auch der Abfindung durch väterliche Aussage in Betreff alles mütterlichen Erbes ein, welchem im § 2 das den Kindern später nach mütterlichen Verwandten zufallende Erbe entgegengesetzt wird. Daher muß denn auch dem Vater dasselbe Dispositionsrecht an dem mütterlichen Sondergute der Kinder wie an dem eigentlichen Gemeingute eingeräumt werden und die ihm zustehenden Administrations- und Dispositionsrechte bleiben demnach im Allgemeinen unverändert, wie sie während der Ehe waren. Ausgenommen jedoch sind in dieser Beziehung die von der verstorbenen Ehefrau besessenen geschlossenen Bondengüter und Festestellen. Zwar hat auch bei solchen der Vater bis zur Mündigkeit der Kinder den Besitz und die Verwaltung, diese hat aber schon einen mehr vormundschaftlichen Charakter und es steht ihm in Beziehung darauf nicht das Recht der väterlichen Aussage zu, sondern er muß sich in Betreff seines Erbrechts bei Bondenstellen mit seinem Antheile an der Auslösungssumme begnügen [22]), wogegen ihm bei Festeländereien auch ein

---

[21]) J. L. I. 30 § 9: Hwærki Fathær æth Aldefathær ma afhænda born iord sithen thær mothær ær døth. Sk. L. III. 1. Dør mothær bornæ, tha ma æi fathær afhændæ bornæ sinæ møthrinis iorth utæn han take iorth igen til fulg, utæn sua mikin lot sum han myndær æftær kunu sinæ.

[22]) Verordn. vom 18ten Juni 1777 § 6: „Und obschon der nachlebende Vater, so lange die mündigen Kinder nicht, zur Erlangung ihres Mütterlichen, auf die Theilung dringen, in dem Besitze und der Verwaltung des Gehöfdes zu lassen ist, so soll dennoch das Gehöfde selbst den Kindern gegen eine ihm auszumachende billige Abnahme und mit Vorbehalt seines gesetzlichen Antheils an der Auslösungssumme verbleiben.“

Erbrecht überall nicht zusteht. Ein Dispositionsrecht hat er daher auch bei solchen zu dem Sondergute der verstorbenen Ehefrau gehörenden Landstellen nicht, sondern es kommt in Betreff der Veräußerung dabei die Vorschrift des § 14 der Vormünderverordnung zur Anwendung.

In Betreff der Wittwe bestimmt das Jütsche Lov [23]), nach des Vaters Tode sollen die Vormünder der Kinder ihr Land zu sich nehmen und vertreten, den Ertrag aber solle die Mutter zur freien Verfügung erhalten. Die Vormünderverordnung dagegen macht auch bei der von der Wittwe fortgesetzten Gütergemeinschaft keinen Unterschied zwischen dem väterlichen Sondergute der Kinder und dem Gemeingute, und nach der Praxis steht ihr der Besitz und die Verwaltung aller dieser Güter unbestritten zu, ohne daß regelmäßig eigene Vormünder für die Kinder bestellt werden. Dagegen hat sie weder bei Feste- noch bei Bondenstellen gesetzlich ein Recht auf den Besitz und die Verwaltung, sondern es ist dazu die Einwilligung der Vormünder und der Obervormundschaft erforderlich [24]). Ein Veräußerungsrecht aber kann ihr selbstverständlich bei den zu dem Sondergute des verstorbenen Mannes gehörenden Ländereien noch weniger eingeräumt werden, als bei den gemeinschaftlichen, vielmehr ist dazu immer die Einwilligung der vorher zu bestellenden ordentlichen Vormünder und der Obervormundschaft erforderlich.

---

§ 36.

Sondergut (Fortsetzung).

Was dagegen das den Kindern nach dem Tode des Vaters oder der Mutter auf andere Weise zufallende Vermögen betrifft, so soll nach der Vormünderverordnung § 2 „der Vater

[23]) I. 29, s. o. Anm. 3.

[24]) Verordn. vom 14ten April 1766 § 9, 26sten März 1772 § 10, und 18ten Juni 1777 § 5.

sich der ihnen von mütterlichen Verwandten ansterbenden Erbschaften als natürlicher Vormund sorgfältigst annehmen, keineswegs aber solche in die Gemeinschaft bringen, sondern, sofern sie in Capitalien bestehen, belegen und jährlich bei der Obrigkeit von der geführten Administration hinlängliche Nachricht einbringen und solche approbiren lassen, die Revenüen aber während der Gemeinschaft genießen." Wenn aber nach dem Tode des Vaters „den Kindern von den väterlichen Anverwandten ein Erbe anstirbt, sollen (nach § 5) die Kinder sich dessen annehmen, die Revenüen aber der Gemeinschaft abfolgen lassen." Es tritt daher stets eine vormundschaftliche Verwaltung solcher Erbgüter ein, entweder des Vaters, als natürlichen Vormundes, oder gewöhnlichermaßen zu bestellender Vormünder. Deshalb ist auch kein hinreichender Grund vorhanden, von der allgemeinen Vorschrift, daß stets beim Vorhandensein unmündiger Miterben eine gerichtliche Regulirung der Erbschaft stattfinden soll, in solchen Fällen abzuweichen; von der Mutter werden die Kinder in Beziehung auf solche ihnen anfallende Erbschaften überall nicht vertreten, die §§ 2 und 5 der Vormünderverordnung aber machen in Betreff der Behandlung derselben keinen Unterschied zwischen den Fällen, da die unmündigen Erben unter väterlicher Vormundschaft stehen oder da ihnen andere Vormünder bestellt werden [25]).

---

[25]) Die von Falk im staatsb. Mag. IX. 241 ff. und Paulsen Lehrb. § 176 Anm. 2 gemachten Einwendungen sind nicht erheblich, die Praxis aber ist entschieden, Esmarch Erbr. S. 277; S. H. Anz. 1843 S. 307, 1846 S 238: „in Erwägung, daß die ganze Fassung der Vormünderverordnung es deutlich ergiebt, daß die im § 8 derselben enthaltene Vorschrift wegen gerichtlicher Regulirung der Erbmassen, bei denen Unmündige concurriren, nach dem Willen des Gesetzgebers allgemein zur Anwendung zu bringen ist, mit alleiniger Ausnahme der in § 1 und 4 jener Verordnung erwähnten Fälle, wo eine Theilung überall nicht vorzunehmen ist, indem, wenn gleich in den §§ 2 und 5 für den Fall, daß der Vater oder die Mutter der Unmündigen, denen eine Erbschaft anstirbt, noch am Leben, mit Rücksicht auf die Verwaltung und den Revenüengenuß solcher Erbschaft besondere Vorschriften zu Gunsten des noch am Leben befind-

In Betreff der Revenüen solcher Erbschaften sind zwar die Ausdrücke in der Vormünderverordnung etwas verschieden, indem im § 2 gesagt wird, der Vater solle die Revenüen während der Gemeinschaft genießen, im § 5 aber bei der Mutter, die Vormünder sollen dieselben der Gemeinschaft abfolgen lassen. Indessen kann daraus ein Unterschied in Betreff des Rechts an den Revenüen nicht gefolgert werden, sondern jener verschiedene Ausdruck beruht lediglich darauf, daß der Vater als Verwalter des Vermögens der Kinder dieses selbst in Händen hat und die Revenüen bezieht, der Mutter dagegen diese von den Vormündern überliefert werden, wenigstens der rechtlichen Auffassung nach, wenn auch etwa Zinsen directe von den Schuldnern an die Mutter bezahlt oder Früchte von ihr gezogen werden. Auch wäre es unbegreiflich, warum solche Revenüen anders behandelt werden sollten, als der Ertrag anderer Güter, selbst des väterlichen Sondergutes, der doch unbestritten zu dem gemeinschaftlichen Vermögen gehört und bei einer demnächstigen Abtheilung nicht vorweggenommen

---

lichen Vaters oder der Mutter des unmündigen Erben gegeben sind, dort doch nicht verfügt ist, daß in diesen Fällen die gerichtliche Theilung unterbleiben solle, vielmehr im Gegentheile die dort getroffenen Bestimmungen in Ansehung der Verwaltung es klar erkennen lassen, daß vom Gesetzgeber eine vorher stattgefundene genügende Ermittelung des Betrags der den Unmündigen zugefallenen Erbschaft als nothwendige Bedingung der Ausführbarkeit der getroffenen Anordnung vorausgesetzt sei, darüber aber, wie die Ermittelung zu beschaffen, das Gesetz, insofern die im § 8 enthaltene Vorschrift nicht als allgemein geltende Regel hätte aufgestellt werden sollen, für die in den §§ 2 und 5 erwähnten Fälle gar keine Bestimmung enthalten würde, welches nach dem deutlich vorliegenden Willen des Gesetzgebers, umfassende Bestimmungen über diesen Gegenstand zu erlassen, nicht angenommen werden kann; daß übrigens aber auch aus der Wortfassung des § 9 der gemeinschaftlichen Vormünder-Verordnung im Herzogthum Holstein vom 28sten Septbr. 1767, in welchem ganz die obenerwähnte Vorschrift auch für die gemeinschaftlichen Districte erlassen ist, sich ergiebt, daß die Bedeutung und der Umfang, in welchem die früher für das Herzogthum Schleswig erlassene Anordnung bei ihrer Anwendung stets aufgefaßt werden, auch vom Gesetzgeber als richtig anerkannt ist."

werden kann. Die Rechte des Vaters und der Mutter sind vielmehr in dieser Beziehung völlig gleich und, so wie einerseits die Revenüen derartigen Kindergutes nicht in das Sondervermögen des Vaters fallen und deshalb ihm einseitig gehören, so steht andererseits der Mutter dasselbe Dispositionsrecht darüber, wie überhaupt über das bewegliche Gemeingut zu, in Uebereinstimmung mit dem J. L. I. 29 § 3 [26]). Regelmäßig fallen übrigens die Revenüen einer solchen Erbschaft nicht von dem Zeitpunkte des Todes des Erblassers, sondern erst von dem der beendigten Regulirung des Nachlasses an der Gemeinschaft zu und sind die Einkünfte für die Zwischenzeit zu der Substanz der Erbschaft zu rechnen, wenn gleich in einzelnen Fällen Zweifel hierüber entstehen können [27]).

Wenn gleich die Vormünderverordnung nur von den den Kindern während der Gemeinschaft von mütterlichen oder väterlichen Verwandten ansterbenden Erbschaften spricht, so leidet es doch keinen Zweifel, daß dieselben Regeln bei testamentarischen Erbschaften nach Fremden, so wie bei Schenkungen zur Anwendung kommen. Auch solche Erwerbungen fallen mithin der Substanz nach nicht in die Gemeinschaft, sondern sind als ein abgesondertes Vermögen der Kinder vormundschaftlich zu verwalten [28]), so daß daher auch dem Vater nur diese Verwaltung, keinesweges aber ein Dispositionsrecht zusteht. Daher haftet auch ein solches Vermögen der Kinder, wie überhaupt ihr Sondergut, nicht für die Schulden der Gemeinschaft [29]).

Auf der anderen Seite aber werden auch die dem Wittwer oder der Wittwe während der Gemeinschaft mit den Kindern zufallenden Erbschaften nicht gemeinschaftlich, und auch,

---

[26]) Paulsen Lehrb. 1ste Ausg. § 164 Anm. 16, in der 2ten Ausg. S. 285 hat er wohl ohne hinreichenden Grund seine ältere Ansicht (staatsb. Mag. II. 583, ges. Schr. II. 49 ff.) wieder aufgenommen.

[27]) S. H. Anz. 1845 S. 250.

[28]) Paulsen Lehrb. S. 285. Falk Handb. V. 19, 21, 26.

[29]) S. H. Anz. 1838 S. 276, 1844 S. 255.

wenn sowohl jenem als den Kindern Erbschaften zufallen, tritt keineswegs eine Gemeinschaftlichkeit vermöge Arvebed ein [30].

§ 37.
Großeltern.

Esmarch im Erbr. S. 335 ff. bemerkt, da nach der Praxis auch der väterliche und mütterliche Großvater zur Aussage anstatt einer förmlichen Theilung berechtigt sei, so finde, auch wenn die Großmutter mit Hinterlassung eines Ehegatten und unmündiger Enkel desselben versterbe, ein gerichtliches Einschreiten in die Behandlung des großmütterlichen Nachlasses nicht Statt. Dagegen stellt er es im § 81 als zweifelhaft hin, ob auch die Großmutter, nach dem Ableben des Großvaters, bei dem Vorhandensein unmündiger Enkel darauf Anspruch machen könne, in der Gesammtmasse zu verbleiben oder ob alsdann ein sofortiges gerichtliches Einschreiten und eine Theilung erforderlich sei, ist aber der Ansicht, „da die Gesetze des Rechtes der Großmutter, im Besitze der Gesammtmasse zu verbleiben, nicht erwähnen, eine sonstige Gemeinschaft der Güter auch zwischen Großmutter und Enkeln nicht Statt finde und die Großmutter nicht Vormünderin ihrer Enkel sei, so sprächen überwiegende Gründe dafür, die der Mutter zustehende Rechtswohlthat des ferneren Verbleibens in ungetheilten Gütern auf die Großmutter nicht anzuwenden, um so mehr, da der Strenge nach das Recht des mündigen Kindes, sofortige Theilung zu verlangen, auf den unmündigen Enkel übergegangen sei." Zunächst muß man hier zwei Fälle unterscheiden, je nachdem nämlich schon bei dem Tode des Großvaters oder der Großmutter die Enkel als Erben in Betracht kommen oder erst später ein damals noch lebendes Kind, mit welchem der nach-

---

[30]) Blüting Gl. zu I. 17 S. 72. Paulsen staatsb. Mag. II. 583 (49), Lehrb. S. 243 ff., 252. Esmarch Erbr. § 81 Anm. 8.

lebende parens in ungetheilten Gütern geblieben war, mit Hinterlassung von Kindern gestorben ist. Nur auf den letzten Fall paßt die obige Bemerkung, daß das Recht des mündigen Kindes, sofortige Theilung zu verlangen, auf den unmündigen Enkel übergegangen sei, und in diesem Falle wird gewiß ein Recht des Großvaters oder der Großmutter auf Fortsetzung der Gemeinschaft nicht angenommen werden können, vielmehr wird die Ermittelung des dem verstorbenen Kinde zugefallenen Erbtheils durch Aussage oder förmliche Theilung, wie schon vorher, so auch jetzt zu jeder Zeit verlangt werden können, schon mit Rücksicht auf das dem nachlebenden Ehegatten des Kindes zustehende Recht auf die Revenüen desselben. Es frägt sich daher in diesem Falle nur, ob jene Auftheilung nur auf Verlangen dieses nachlebenden parens der Enkel oder etwa der Vormünder derselben, wenn die Mutter die längstlebende ist, eintritt oder ob ein officielles gerichtliches Einschreiten begründet ist [31]) und letzteres muß bejaht werden, da, wie früher bemerkt, auch dann, wenn unmündige Erben unter väterlicher Vormundschaft stehen, das gerichtliche Einschreiten nicht ausgeschlossen ist und in dem hier angenommenen Falle das dem verstorbenen parens erworbene Recht auf den Enkel übergegangen ist. Aber auch in dem zuerst erwähnten Falle wird dasselbe angenommen werden müssen. Es fehlt an einem hinreichenden Grunde zu einer Ausdehnung des von den Gesetzen nur dem Vater oder der Mutter ertheilten Rechts, in ungetheilten Gütern sitzen zu bleiben, auf Großvater oder Großmutter um so mehr, da das dabei zum Grunde liegende Zusammenleben regelmäßig nicht Statt findet und überhaupt das Verhältniß ein ganz anderes ist. Dazu kommt das bereits erwähnte Recht des nachlebenden parens der Enkel auf die Einkünfte der Erbschaft und die allgemeine Vorschrift in Betreff der den Kindern nach dem Ableben des einen parens zufallenden Erbschaften in §§ 2

---

[31]) Das Gegentheil ist von dem holsteinischen Obergerichte angenommen, S. H. Anz. 1851 S. 212.

und 5 der Vormünderverordnung. Es wird daher in solchen Fällen der überlebende Großvater zur Beschaffung der Aussage anzuhalten, mit der Großmutter aber gerichtlich zu theilen sein.

---

§ 38.

Beendigung.

Gewöhnlich wird die fortgesetzte Gütergemeinschaft in Betreff aller Kinder zugleich durch Aussage oder Theilung beendigt. Es ist jedoch im Allgemeinen ein rechtliches Hinderniß nicht vorhanden, weshalb nicht, wenn ein mündiges Kind seinen mütterlichen oder väterlichen Erbtheil verlangt, ungeachtet der erfolgten Abtheilung desselben die Gemeinschaft mit den übrigen Kindern fortgesetzt werden könnte, wenn gleich dadurch bei späteren Todesfällen unter Umständen Weitläufigkeiten und Streitigkeiten mancher Art herbeigeführt werden können. In einem solchen Falle muß nämlich, wenn später der parens oder, bei der von der Mutter fortgesetzten Gemeinschaft, eins der in dieser gebliebenen Kinder stirbt, um den Erbtheil des abgetheilten Kindes (Utarving) nach demselben zu ermitteln, der Antheil jenes Verstorbenen an dem Gemeingute zunächst ausgemittelt werden, da dieses seit jener Abtheilung zu- oder abgenommen haben kann. Dabei kann jedoch das abgetheilte Kind nicht in Betracht kommen und auch von einer Einbringung oder Anrechnung dessen, was es bei jener Abtheilung erhalten hat, nicht die Rede sein, indem es dadurch wegen seines Erbanspruchs nach dem zuerst verstorbenen parens völlig, aber auch nur in Beziehung darauf abgefunden, und das ihm zufolge des jetzt eingetretenen Todesfalls zustehende Miterbrecht davon unabhängig ist. Es ist vielmehr das Gemeingut unter alle zur Zeit jenes Todesfalls vorhandenen Mitglieder der Gemeinschaft, das jetzt verstorbene mit eingeschlossen, und der diesem zufallende Theil

wieder unter dessen Erben, mit Einschluß der früher abgetheilten, zu vertheilen [32]).

---

[32]) J. L. I. 10. Er utarving til ok dør annæn thæræ thær i fælægh ær, tha skiftæs alt goz swa sum allæ lifthæ i fælægh (d. h. als wenn auch der verstorbene noch lebte) ok sithæn skiftæs hins døthæ lot mellæ allæ arving. — Paulsen im staatsb. Mag. II. 352 (45) vergl. mit Lehrb. S. 334 Anm. 11.

Siebenter Abschnitt.

Die Theilung.

---

§ 39.

Vorbereitung.

Die Auflösung der Ehe durch den Tod des einen Ehegatten ist regelmäßig der Grund und die Veranlassung des ehelichen Güterverhältnisses. Bevor indessen die Austheilung des Vermögens abgehandelt werden konnte, mußte im Vorhergehenden die fortgesetzte Gütergemeinschaft besprochen werden, indem jene dadurch sehr oft hinausgeschoben und in mancher Beziehung modificirt wird. Bei der Austheilung nun, mag sie gleich nach dem Tode des einen Ehegatten oder nach einer von dem nachlebenden mit den Kindern fortgesetzten Gütergemeinschaft erfolgen, fällt zunächst das Sondergut des nachlebenden Ehegatten an diesen zurück, das des verstorbenen an dessen Erben. In Betreff der Frage, was zum Sondergute gehöre, so wie der wegen vorgenommener Veräußerungen etwa zustehenden Entschädigungsansprüche kommen dabei die bereits angegebenen Regeln zur Anwendung. In dieser, so wie in mehrfacher anderer Beziehung kann eine besondere Liquidation und Abrechnung erforderlich werden, so namentlich wegen der Gebäude auf dem zu dem Sondergute eines Ehegatten gehörenden Lande, da diese zum Gemeingute gehören und daher nach Taxation eingelöst werden müssen. Imgleichen kann auch in Betreff der Früchte und sonstigen Einkünfte des Sonderguts eine Auseinandersetzung erforderlich sein. Blüting in der Glosse zu

I. 6 S. 26 und in Erbgangsrecht Cap. 19 rechnet unter den Gegenständen welche „zu Erb und Eigen in die Gemeinschaft der Güter gehen und in die künftige Theilung kommen", unter Anderem „alle Hebungen und Früchte sowohl der zugebrachten unbeweglichen, als aller anderen in stehender Ehe eingeerbten und zugekauften Güter" und S. 29 unter den „beweglichen Gütern, welche in der Theilung zwischen der Frauen und des Mannes Freunden kommen, alle eingesammelte Früchte, so auf den Boden und Scheunen gedroschen und ungedroschen liegen", auf und auf ähnliche Weise drückt Esmarch Erbr. S. 315 sich aus, wenn er sagt: „die während der Ehe gezogenen Früchte und Zinsen des Sondergutes gehören in die eheliche Gemeinschaft." Insofern damit zugleich angedeutet werden soll, daß nur die bereits gezogenen Früchte zum gemeinschaftlichen Gute gehören und zur Theilung kommen, alle übrigen dagegen, also insbesondere alle hängenden oder ungetrennten Früchte dem Eigenthümer des Sondergutes einseitig verbleiben, liegen offenbar die Regeln des Römischen Rechts über hängende, separirte und percipirte Früchte zum Grunde. Diese Regeln indessen stimmen mit den der Deutschen und Nordischen Rechte nicht überein, indem diese vielmehr den Grundsatz enthalten, daß mit bestellter Arbeit schon ein rechtlicher Anspruch auf die Frucht erworben, diese verdient ist, wovon sich auch Anwendungen im Jütischen Lov und in der späteren Schleswigschen Praxis finden [1]). Dieser Grundsatz scheint auch angewandt zu sein in der Verordnung vom 26. März 1772 § 1, wonach die Aussaat bei Festegütern zu dem Allodialgute gehört und daher nicht dem Festeerben allein zufällt, sondern, wie Gebäude und Beschlag, nach billiger Taxation eingelöst werden muß. Denn unter Aussaat werden hier nach einer ohne Zweifel richtigen Usual-Interpretation nicht etwa nur die Saatkosten, sondern die noch auf der Wurzel stehenden Früchte verstanden. Sowie aber hiernach diese bei Festestellen zu dem gemeinschaft-

[1]) M. Schrift: Schleswigs Recht ꝛc. S. 43 und Anm. 93.

lichen Gute gehören und auch dem überlebenden Ehegatten oder den Erben des verstorbenen eine Theilnahme daran gebührt, so ist gewiß kein Grund vorhanden, dieses als etwas ausnahmsweise bei Festegütern Geltendes anzusehen und bei Bondengütern und anderen Ländereien die entgegengesetzte Regel aufzustellen und hier den nachlebenden Ehegatten oder die Erben des verstorbenen von jener Theilnahme auszuschließen, wie dieses Esmarch a. a. O. S. 366 zu thun scheint. Eine gerichtliche Entscheidung über diese Frage findet sich nicht, in dem von Esmarch a. a. O. Anm. 6 angeführten Falle von 1818 neigte sich zwar die Majorität im Obergerichte zu der letztgedachten Ansicht, es kam indessen zu keiner Entscheidung; in der Praxis aber wird bei Theilungen regelmäßig die hier angenommene befolgt, so daß die auf dem Lande befindlichen Früchte zu dem gemeinschaftlichen Gute gerechnet werden. Diese Regel aber gilt nach dem angegebenen historischen Grunde, welcher auch in dem Ausdrucke „Aussaat" angedeutet ist, nur von sog. Industrialfrüchten, also insbesondere von den eigentlichen Feld- oder Kornfrüchten, läßt sich aber auf andere Früchte, welche nicht eine solche eigentliche Bestellungsarbeit voraussetzen, wie namentlich auf den Ertrag von Grasländereien, Gräsung und Heufrucht, imgleichen Baumfrüchte, nicht anwenden. An solchen Naturalfrüchten kann daher ein von dem Rechte an dem Lande selbst unabhängiges Recht vor der Trennung nicht angenommen werden; nur die bereits getrennten Früchte dieser Art fallen in das gemeinschaftliche Vermögen, wogegen die ungetrennten der Hauptsache folgen [2]). In Betreff aller Civilfrüchte von Sondergütern, Mieth- und Pachtgelder, Frachtgelder von Schiffen, Zinsen 2c., ist die Frage allerdings zweifelhaft. Esmarch a. a. O. zählt nur die während der Ehe gezogenen Zinsen des Sonderguts zu dem gemeinschaftlichen Gute, die übrigen Civilfrüchte wird er unter dem allgemeinen Ausdruck „Früchte" mitbegriffen

---

[2]) Vergl. Runde ehel. Güterr. S. 185, welcher freilich diese Regel auch für Industrialfrüchte aufstellt.

haben und läßt daher alle nur insofern zur Theilung kommen, als sie während der Ehe wirklich gezogen sind. Ebenso läßt Runde nur „die während der Ehe von dem Propergute beider Ehegatten erhobenen Civilfrüchte in das Gesammtgut fallen." Danach würde es mithin lediglich auf das factische Erheben oder Erhalten ankommen und es würden namentlich alle rückständigen Zinsen eines während der Ehe geerbten und zum Sondergute des einen Ehegatten gehörenden Capitals diesem Ehegatten oder dessen Erben zufallen, ohne daß es dabei in Betracht käme, aus welcher Zeit die Zinsen herrühren oder wann sie fällig geworden sind. Mag nun auch im Römischen Rechte bei der Anwendung des Begriffs der Perception auf Civilfrüchte ein solcher Sprachgebrauch sich finden[34]), so wird doch jenes Princip weder in Betreff der Zinsen noch anderer Civilfrüchte in der hier zur Frage stehenden Anwendung befriedigen können, vielmehr wird man in dem angeführten Falle die aus der Zeit der Ehe rückständigen Zinsen, Miethgelder, Canon und andere Hebungen bei der Auseinandersetzung zwischen dem nachlebenden Ehegatten und den Erben des verstorbenen unzweifelhaft als dem gemeinschaftlichen Vermögen angehörend ansehen müssen. Dabei kann es auch nicht darauf ankommen, wem die Geltendmachung der Forderung gegen den Schuldner zufolge des zu Grunde liegenden Obligationsverhältnisses zusteht, welches vielmehr nur auf die Art jener Auseinandersetzung und die dazu etwa erforderlichen Cessionen und Liquidationen von Einfluß ist. Eben so wenig kann man für die hier vorliegende Frage den Zeitpunkt der Fälligkeit allein als entscheidend ansehen, welcher zwar gleichfalls in Beziehung auf das Verhältniß des Schuldners von Wichtigkeit sein kann, für das Verhältniß zwischen den Erben und dem Ehegatten aber mehr als etwas Zufälliges und nur Factisches erscheint. Zwar wird, da Vorausbezahlung als Ausnahme angesehen werden kann, mit der während der Ehe eingetretenen Fälligkeit regelmäßig auch der definitive Erwerb für die Ge-

---

[3]) Vergl. Heimbach die Lehre von der Frucht S. 88 ff.

meinschaft eintreten und dieser daher auch das fällig gewordene verbleiben, es mag die Zahlung bereits erfolgt sein oder nicht, womit es auch übereinstimmt, daß nach deutschen Rechtsquellen der Zinstermin als entscheidend angesehen wird [4]). Dagegen wird man nicht in umgekehrter Richtung durch das spätere Eintreten der Fälligkeit die Theilnahme an dem Erwerb als ausgeschlossen ansehen können, vielmehr wird die Ansicht, nach welcher die Civilfrucht als Aequivalent für eine gestattete Nutzung erscheint und letzterer daher auch für den Erwerb jener entscheidender Einfluß beigelegt wird [5]), vorzugsweise Beachtung verdienen und im Wesentlichen als besonders dem hier besprochenen Verhältniß angemessen und zu den richtigsten Resultaten führend anzuerkennen sein. Während der Ehe fallen alle Nutzungen und Einkünfte der Sondergüter beider Ehegatten dem Gemeingute zu, ohne daß es einen Unterschied macht, worin diese Nutzungen und Einkünfte bestehen oder auf welche Weise sie gezogen werden. Dies kann nun theils durch unmittelbare Nutzung des Sonderguts selbst geschehen, theils durch Ueberlassung derselben an Andere gegen eine Vergütung, in welchem Falle diese als Aequivalent jener directen Nutzung erscheint. Es entsteht dadurch ein Obligationsverhältniß, ein Forderungsrecht in Beziehung auf den Dritten, welchem jene überlassen ist, und dieses wird sowohl in Betreff der subjectiven Berechtigung als auch der dabei eintretenden Modalitäten, namentlich auch der Zahlungszeit und Fälligkeit durch den zum Grunde liegenden Vertrag näher bestimmt und geregelt. Der dem Gemeingute zufallende Ertrag des Sonderguts besteht hier in diesem Aequivalente der natürlichen Nutzung und, so wie die Dauer der Ehe für die Berechtigung zu dieser natürlichen Nutzung entscheidend ist, so ist es gewiß das Natürlichste, dieselbe Regel auch in Betreff jenes Aequivalents, der sog. Civilfrucht, anzunehmen und daher eine verhältnißmäßige Theilung derselben eintreten zu lassen. Am entschiedensten ist dieses

---

4) Heimbach S. 276 ff., 283, 291, 295, 306 ff.

5) Sintenis Civilrecht I. 429 Anm. 36.

bei solchen Nutzungen der Fall, welche als fortdauernd und in jedem Zeittheile stattfindend erscheinen, wie bei Capitalien, bei Wohnhäusern rc., wo nach dieser Natur der Nutzung auch mit jedem kleinsten Zeittheile ein verhältnißmäßiger Theil des Aequivalents, der Zinsen, des Miethgeldes rc. als verdient und erworben angesehen werden muß. Der Umstand, daß jene Nutzung nicht von dem dazu an sich Berechtigten selbst gezogen ist, sowie die vereinbarte Dauer der Ueberlassung derselben und die festgesetzte Zahlungszeit erscheinen in Beziehung auf das Recht zur Genießung der an die Stelle der natürlichen Nutzung tretenden Vergütung als etwas Zufälliges und Indifferentes. Von dem Augenblicke an, wo die Ehe getrennt wird und damit jene dem Ertrage nach stattgehabte Verbindung des Sonderguts mit dem Gemeingute aufhört, aber auch erst von diesem Augenblicke an geht das Recht zur alleinigen Genießung jenes Ertrages auf den, welchem das Sondergut gehört, über und es ist kein Rechtsgrund vorhanden, ihm den aus der früheren Zeit herrührenden Ertrag zuzusprechen. Zweifelhafter ist die Entscheidung bei solchen Nutzungen, welche nicht auf solche Weise fortdauernd sind, sondern nur auf einmal oder zu gewissen Zeiten Statt finden, wie bei ländlichen Grundstücken, wo man mit einer scheinbaren Consequenz den Erwerb der Pachtgelder von denselben Regeln abhängig machen könnte, welche für den Erwerb des natürlichen Ertrages gelten, so daß es mithin, wo dieser in Industrialfrüchten besteht, darauf ankommen würde, ob die Arbeit bereits bestellt ist, bei anderen Früchten dagegen darauf, ob diese schon gezogen sind. Da indessen jene Regel darauf beruht, daß die Frucht durch die Arbeit, die Bestellung des Ackers rc., als verdient und erworben angesehen wird, so wird zwar, wenn erst nach bestellter Arbeit das Land verpachtet und mithin die bereits verdiente und erworbene Frucht überlassen wird, auch das Pachtgeld ganz zum Gemeingute gehören müssen. Im entgegengesetzten Falle aber kann jene Regel nicht zur Anwendung kommen, vielmehr muß dann das Pachtgeld gleichfalls, ohne Unterschied ob der Pächter schon vor Auflösung der Ehe den Acker bestellt hatte

oder nicht und ob die Frucht schon geerntet oder noch hängend war, über die ganze Pachtzeit verhältnißmäßig vertheilt werden. Diese Regel muß auch bei allen stehenden Einkünften, wie insbesondere bei einem Canon zur Anwendung kommen, indem ein solcher überhaupt von einer anderen periodischen oder terminweisen Leistung sich nur dadurch unterscheidet, daß er nicht bloß accessorium einer Capitalforderung, sondern selbst wirklich Theil einer Hauptforderung ist, welche aber durch eine fortwährende Terminleistung nicht erschöpft wird [6]). Es kann jene Regel als eine allgemeine für alle sog. Civilfrüchte, diese mögen nun als eine Vergütung oder Aequivalent für eine Fruchtziehung oder sonstige Nutzung erscheinen oder nicht, angesehen werden, so daß sie immer über den in dem einzelnen Falle in Betracht kommenden Zeitraum verhältnißmäßig vertheilt werden, und der Fall der nach bestelltem Acker geschehenen Verpachtung kann kaum als eine Ausnahme angesehen werden, da, wie bereits bemerkt, hier die bereits verdiente, wenn auch noch vielleicht nicht einmal existente Frucht der Gegenstand des Vertrages ist. Ob übrigens nach den Umständen des einzelnen Falles die Leistung, welche den Ertrag des Sondergutes ausmacht, als pränumerirt anzusehen ist oder nicht, ist für unsere Frage der Hauptsache nach gleichgültig, indem solches nur das Formelle der Auseinandersetzung betrifft. In Uebereinstimmung mit jener Regel hat das Appellationsgericht unterm 18ten September 1854 in einer Streitsache über die Häuergelder von Festeländereien dahin entschieden: „daß die Pachtsumme in der Weise zu vertheilen, daß die auf den Zeitraum vom Abschluß des Pachtcontracts bis zum Todestage des Erblassers fallende Rate zum Allodialvermögen zu rechnen, die spätere ausschließlich der Festeerbin gebühre [7]). Dieselbe Regel stellt im Wesentlichen auch Esmarch [8]) bei Fideicommissen, Festegütern 2c. auf.

---

[6]) Vergl. Gerber D. Privatr. § 167 ff.; Savigny Obligationsr. I. 135, 303.

[7]) Jurist. Wochenschr. 1855 S. 26 ff.

[8]) Erbr. S. 314.

In Betreff der Schulden kommen bei der Auftheilung die früher angegebenen Regeln zur Anwendung, so daß die ehelichen Schulden allein von dem gemeinschaftlichen Vermögen abgehalten, die vorehelichen dagegen über dieses und das Sondergut des Ehegatten, von welchem die Schuld herrührt, verhältnißmäßig vertheilt werden. Eine solche Vertheilung der Schulden kann auch in manchen Fällen zwischen dem Kauflande und dem übrigen gemeinschaftlichen Gute nothwendig werden, wenn jenes entweder dem nachlebenden Ehegatten oder einem der Erben des Verstorbenen gesetzlich oder vertragsmäßig zufällt, sei es nun, daß er es ohne Auslösung behält, wie dieses in Betreff alles Kauflandes bei dem Wittwer im Verhältniß zu seinen Kindern und immer bei Festeländereien der Fall ist, oder daß, wie in allen übrigen Fällen, dem einen oder anderen auch wegen seiner Eigenthums- oder Erbrechte an dem Lande ein Theil der Taxationssumme gebührt [9]).

---

§ 40.

Die Theilung selbst.

Wenn nach dem Obigen die beiderseitigen Sondergüter ausgeschieden sind und daher nur die Theilung des Gemeingutes zur Frage steht [10]), so kommt es zunächst darauf an, ob die Ehe beerbt ist oder nicht, d. h. ob Descendenten aus derselben vorhanden sind oder nicht. Im letzten Falle, bei unbeerbter Ehe, wird das Gemeingut stets zwischen dem nachlebenden Ehegatten und den Erben des Verstorbenen gerade durch getheilt [11]), so daß jener die Hälfte als den ihm ge-

---

9) Vergl. § 12.

10) Paulsen Lehrb. § 146. Esmarch Erbr. § 10, 13. Krieger S. 38 ff.

11) J. L. I. 6 § 1, tha skiftæs Hus ok bosæ ok køpæiord i tu mellæ hin thær livær ok hins døth arving; § 5. Vergl. Sk. L. I. 1, 25. W. S L. I. 3 (Arveb. 37). E. S. L. I. 3.

bührenden Theil des Gemeingutes behält und die andere Hälfte letzteren zufällt. Ein Erbrecht aber hat in diesem Falle weder der Ehemann nach der Frau, noch diese nach jenem; wenn daher überall keine Erben des verstorbenen Ehegatten vorhanden sind, so fällt sowohl sein Antheil an dem Gemeingute als sein Sondergut als erbloses Gut an den Fiscus. — Das Kaufland kann, insofern es seiner Beschaffenheit nach theilbar ist, entweder getheilt oder es kann der Verkauf verlangt werden; geschlossene Bondenstellen behält jedenfalls der Wittwer gegen Auslösung der Erben der Ehefrau und dasselbe Recht wird man auch der Wittwe im Verhältniß zu den Erben des Mannes einräumen müssen. Bei Festeländereien dagegen wird diese Frage nicht leicht vorkommen, da solche nach dem früher Bemerkten [12]) gewiß äußerst selten als gemeinschaftlich angesehen werden können.

Bei beerbter Ehe dagegen ist der Antheil des längstlebenden Ehegatten, sei dieses der Mann oder die Frau, bester Kindestheil d. h. in Concurrenz mit Söhnen und Töchtern ein Sohnestheil, mit Söhnen allein oder Töchtern allein ein Kopftheil [13]). Kommen entferntere Descendenten, entweder allein oder mit Kindern ersten Grades zur Erbfolge, so kommt es auf die Stammtheile oder darauf an, ob ursprünglich Kinder verschiedenen oder nur eines Geschlechts vorhanden gewesen sind. Da übrigens dem längstlebenden Ehegatten ein gleicher Theil, wie einem Kinde, gebührt, so folgt von selbst, daß solcher auf dieselbe Weise zu berechnen ist, wie bei den Kindern, mithin dabei auch Dasjenige, was von diesen etwa zu conferiren ist, zu der Masse hinzugerechnet werden muß, umgekehrt aber ist auch jener Theil nur von der reinen Masse zu berechnen, mithin nach Abzug der Schulden und der Regulirungs-

---

[12]) § 12 Anm. 27.

[13]) J. L. I. 6 § 2, with thet barn thær mest takær, suns lot of sun ær til, ellær iafnt with dotter, thær sun ær æi til; § 4, S. H. Anz. 1843 S. 23. — Nach dem Schonischen und Seeländischen Rechte erhielt der Vater auch mit Töchtern allein Sohnestheil. Sk. L. I. 22. E. S. L. I. 6.

kosten, jedoch nicht der Halbprocentsteuer. Ist ein Kind in der Ehe geboren, es wird aber gezweifelt, ob es Vater oder Mutter überlebt und also auch beerbt habe, so daß jetzt das Vermögen auf den nachlebenden der Eltern übergehe oder nicht, dann sollte nach den alten Provinzialgesetzbüchern dieser näher berechtigt zum Geschlechtseide sein, als die Erben des verstorbenen Ehegatten, welche bei unbeerbter Ehe diesen würde beerbt haben [14]); es muß daher jetzt von diesen der Beweis geführt werden, daß das Kind zuerst gestorben und folglich die Ehe unbeerbt gewesen sei, so daß mithin in einem solchen Falle eine gesetzliche Vermuthung für das Gegentheil vorhanden ist [15]). Imgleichen enthalten jene Gesetzbücher übereinstimmende Vorschriften, wie es verhalten werden solle, wenn bei dem Tode des Mannes die Frau schwanger zu sein behauptet [16]).

§ 41.

Vorrechte des Wittwers.

Der Ehemann aber ist bei der Auftheilung des Vermögens nach beerbter Ehe auf dreifache Weise bevorzugt, indem er

1) von dem Lande der verstorbenen Frau, sie mag es nun in die Ehe eingebracht oder während derselben geerbt haben [17]), besten Kindestheil erbt, welcher auf dieselbe Weise berechnet wird, wie sein Antheil vom Gemeingute, wogegen die Frau von dem Lande des Mannes nichts erbt [18]).

---

14) J. L. I. 1. Sk. L. I. 4. E. S. L. I. 2.

15) Falk IV. 91. Paulsen Lehrb. S. 331.

16) J. L. I. 3. Sk. L. I. 1, 2. E. S. L. I. 2.

17) Falk's Arch. II 535.

18) J. L. I. 6 § 2 tha arvær fathær en lot i kunæ iord u. s. w. o. in Anm. 13; § 4 tha arvær hun ække i hans iord. Nach dem Schon. Ges. I. 23 und E. S. L. I. 12 erbte der Wittwer auch mit Töchtern allein doppelten Theil, vergl. Ancher saml. Skr. II. 371 ff., Rosenvinge in s. Ausg. Indl. XXXIII. und S. 337, Retshist. I. 258,

Bei theilbaren Ländereien kann er seinen Theil von dem Lande selbst erhalten, bei geschlossenen Landstellen aber muß er sich mit einer Auslösung begnügen, wogegen bei Festeländereien dieses Erbrecht überall nicht zur Anwendung kommt [19]). Was er aber auf solche Weise von dem Sondergute der Frau erhält, ist ein wirklicher Erbtheil und von seinem Antheile an dem Gemeingute wohl zu unterscheiden, welches namentlich in Betreff der von jenem, nicht aber von diesem zu erlegenden Erbschaftssteuer von Wichtigkeit ist [20]).

Man hat in der Praxis stets angenommen, daß dem Manne dieses Miterbrecht nur an dem Lande der Frau, nicht aber an ihrem übrigen Sondergute, nämlich den während der Ehe geerbten beweglichen Vermögen zustehe, da im J. L. I. 17 allgemein gesagt werde, wenn nicht ein Erbe dem anderen entgegenkomme, so nehme jeder das seinige heraus und I. 6 § 2 nur an dem Lande der Frau dem Manne jenes Erbrecht beigelegt sei. Mit Recht aber hat man diese Verschiedenheit von jeher auffallend gefunden und der Verfasser einiger juristischer Abhandlungen zur Erläuterung des Jütschen Lovbuchs [21]) nahm deshalb an, daß die während der Ehe geerbten beweglichen Sachen bei beerbter Ehe stets gemeinschaftlich würden, auch wenn kein Erbe von der anderen Seite entgegenkomme und daß J. L. I. 17 nur auf beerbte Ehen anwendbar sei. Es ist dagegen schon an einer anderen Stelle [22]) bemerkt worden, daß jene Argumentation jedenfalls insofern unrichtig sei, als aus dem angeführten Grunde nur eine Gleichstellung beider Arten des Sondergutes, mithin ein Erbrecht des Ehemannes an dem geerbten beweglichen Gute der Ehefrau, wie an ihrem

---

jedoch erhielt er nach dem letzteren keinen Theil von dem Lande, welches die Frau erst nach der Geburt des letzten Kindes geerbt hatte.

[19]) S. o. § 35 und unten a. E. d. §.

[20]) Vdg. 8ten Febr. 1810 § 4a. Kanzleischr. 10ten Jan. 1835. Bekanntm. 13ten Octbr. 1842.

[21]) S. 31 ff.

[22]) oben § 16.

Lande, folgen würde, nicht aber allgemein die Gemeinschaftlichkeit des beweglichen Erbgutes bei beerbter Ehe, indem die von jenem Verfasser angeführte Regel der Gegenseitigkeit des Erbrechts hier nicht angewandt werden könne, da gerade in Betreff des Sondergutes eine solche Gegenseitigkeit nicht gelte. Dabei ward zugleich bemerkt, daß aus den genaueren Bestimmungen der Schonischen und Seeländischen Gesetzbücher sich geradezu ergebe, daß die Regel des Arvebets sowohl bei beerbter als bei unbeerbter Ehe galt und die Gemeinschaftlichkeit des beweglichen Erbgutes nur durch jenes bewirkt ward. Dagegen geht aus jenen Bestimmungen eben so entschieden hervor, daß dem Vater bei beerbter Ehe [23] sowohl von dem beweglichen Erbgute der Frau, als von ihrem Lande, als Erbtheil ein bester Kindestheil zufiel und zwar auch bei der Concurrenz mit Töchtern allein ein doppelter Theil, jedoch nach dem Seeländischen Rechte mit einer ähnlichen Beschränkung wie bei dem Lande, so daß er nichts erhielt von dem, was die Frau nach der Geburt des letzten Kindes geerbt hatte [24]). Es ist durchaus kein Grund anzunehmen, vielmehr an sich höchst unwahrscheinlich, daß in dieser Beziehung in dem Jütschen Rechtsgebiete etwas Anderes sollte gegolten haben als in Schonen und Seeland, indem es in der That nicht wohl zu erklären ist, wie man dort dazu hätte kommen sollen, dem Manne das Erbrecht, welches ihm an dem Erblande der Frau zustand, an

---

23) Ueber den zur Bezeichnung des durch die Geburt von Kindern für den Vater entstehenden größeren Rechts gebräuchlichen Ausdruck Barnmynd vgl. Rosenvinge in s. Ausg. v. E. S. L. 337.

24) Sk. L. I. 7 varthær æi Barnmynd ællær Arfbet; 23 Bonden myndær æftir kunu sinæ en lot bæthe i fæ ok iorth. II. 1. And. Sunesen cap. 4. nisi patrem ad bonorum omnium tam mobilium quam immobilium vocet consortium superstes procreata soboles matrinorum, matre tamen ad paternorum bonorum nullatenus aspirante. V. S. L. I. 1 § 10, 11 ær hværkæ æræ mæth arvæ bitnæ ær mæth børn mundæ; § 19 tha mundær han mæth thæt barn allæ the arvær ꝛc., § 20. — Arveb. 16-18, 27-29.

ihrem beweglichen Erbgute abzusprechen. Auch steht die allgemeine Regel des Arvebets im J. L. I. 17 der Annahme jenes Erbrechts des Mannes nicht entgegen. Doch möchte es bedenklich sein, von der bisherigen constanten Praxis, da deren Unrichtigkeit, wenn auch in hohem Grade wahrscheinlich, so doch nicht mit Bestimmtheit nachgewiesen werden kann, abzugehen [25].

2) Der Wittwer behält seinen Kindern gegenüber das in der Ehe erworbene Kaufland [26], wogegen die Wittwe auch dieses, wie das übrige Gemeingut, mit den Kindern theilt und bei unbeerbter Ehe es auch zwischen dem Wittwer und den Erben der Frau getheilt wird [27]. Zwar heißt es im J. L. I. 6 § 7 „der Vater behalte das Kaufland so lange er lebe (haldæ fathær mæth han lyvær); dieses ist jedoch nicht so zu verstehen, als wenn damit eine Beschränkung angedeutet würde und der Vater etwa nur den lebenslänglichen Besitz und Nießbrauch des Kauflandes hätte, vielmehr gehört es ihm vollkommen mit demselben Rechte, wie sein sonstiges Land, und nimmt auch ganz die Natur seines Erblandes an [28], weshalb es auch nach seinem Tode unter alle seine Kinder auch aus mehreren Ehen vertheilt wird, ohne daß es darauf ankommt, aus welcher Ehe das Kaufland herrührt [29]. Es liegt jedoch vielleicht in jenem Ausdrucke auch der Sinn, daß der Wittwer in Betreff des Kauflandes, auch insoweit zufolge des güterrechtlichen Verhältnisses die Ehefrau daran Theil hatte und es daher eigentlich gleich dem übrigen Gemeingute nach ihrem Tode mit

---

25) Paulsen im staatsb. Mag. V. 135 Anm. (174 Anm. 215). Esmarch Erbr. § 10 Anm. 4.

26) J. L. I. 6 § 3 Køpæiord fa børn ækki af fyrre æn the arvæ there fathær. Nach dem Schon. und Seel. Rechte mußte der Vater auch das Kaufland mit seinen Kindern theilen. Sk. L. I. 22, 23. E. S. L. I. 6. Rosenvinge gl. D. I. 55.

27) J. L. I. 6 § 4, 5.

28) J. L. I. 6 § 9; vergl. E. S. L. I. 12, 13 sum annæt fæthrænæ.

29) sithen skiftes thet imellæ hans børn, huo manghæ kollæ sum han havær, swa sum annæn there fæthærns iord.

den Kindern hätte getheilt werden sollen, nicht als Erbe der Frau zu betrachten ist. Es wird vielmehr so angesehen, als wenn dem Ehemanne das ganze Kaufland „lediglich als Folge der während der Ehe bestandenen Gütergemeinschaft verbleibt", weshalb er auch davon nicht die Halbprocentsteuer erlegt [30]. Wie aber schon früher bemerkt ist, muß der Wittwer wegen des ihm verbleibenden Kauflandes einen verhältnißmäßigen Theil der auf dem Gemeingute ruhenden Schulden übernehmen.

3) Der Wittwer ist zu der sog. väterlichen Aussage [31] berechtigt, welche darin besteht, daß er die seinen Kindern nach ihrer Mutter zukommenden Erbtheile, ohne förmliche Theilung, selbst nach gewissenhafter Schätzung bestimmt. Dieses Recht, welches schon früher theils zufolge verschiedener Localstatute, theils herkömmlich Statt fand, ist durch die Verordnung vom 20sten Juni 1716 für das ganze Herzogthum Schleswig gesetzlich angeordnet und danach in der Vormünderverordnung vom 19ten März 1742 § 3, 29, 44 näher bestimmt, zunächst für den Fall der Wiederverheirathung, steht aber dem Wittwer auch in allen übrigen Fällen der Abtheilung seiner Kinder zu, diese mögen bereits mündig sein oder nicht [32]. Die Aussage tritt ganz an die Stelle einer förmlichen Theilung und die Kinder werden durch dieselbe in Betreff ihrer Rechte sowohl an das bisherige Gemeingut als im Allgemeinen auch an das Sondergut ihrer verstorbenen Mutter völlig abgefunden, letzteres jedoch mit den schon früher angeführten Einschränkungen (§ 35). Die angeführten Gesetze haben nämlich, wie es auch für das Herzogthum Holstein durch Verordnung vom 12ten October 1717 und die Vormünderverordnung vom 13ten Septbr. 1743 § 3 geschehen ist, dem Vater das Recht der Aussage ganz allgemein, nicht allein in Beziehung auf das frühere eheliche Gemeingut, sondern überhaupt in Betreff des mütterlichen

---

30) Bekanntm. 13ten Octbr. 1842.

31) Vergl. Esmarch Erbr. § 80.

32) Resolution vom 9ten März 1754, Rescr. vom 20sten Febr. 1764.

Erbes zugestanden und daß die in den §§ 1 und 3 der Vormünderverordnung enthaltenen Bestimmungen nicht allein auf jenes Gemeingut, sondern auch auf das mütterliche Sondergut bezogen werden müssen, ergiebt sich als unzweifelhaft aus der im § 2 enthaltenen Vorschrift in Betreff der den Kindern nach dem Tode der Mutter von mütterlichen Verwandten anfallenden Erbschaften, welche der Substanz nach der Disposition des Vaters entzogen und einer obervormundschaftlichen Aufsicht unterworfen werden. Man kann daher nicht mit Esmarch [33]) das Recht der Aussage auf jenes Gemeingut beschränken oder in dem Falle, da zufolge errichteter Ehepacten keine Gütergemeinschaft unter den Eheleuten bestand, dem Wittwer ganz versagen, sondern muß ihm dasselbe im Allgemeinen auch in Beziehung auf das mütterliche Sondergut, und zwar sowohl das der Frau etwa während der Ehe zugefallene bewegliche Erbgut, als auch die zu ihrem Sondergute gehörenden Immobilien, einräumen, so daß er nicht allein befugt ist, den ihm zufolge Erbrechts davon gebührenden Antheil zu behalten, sondern auch die Kinder wegen ihrer Erbtheile abzufinden. Bei geschlossenen Landstellen jedoch ist er dazu nicht befugt, sondern bei Bondenstellen muß er sich in Betreff seines Erbtheils mit einer Abfindung nach der Taxation begnügen, wogegen ihm bei Festestellen ein solches Erbrecht überall nicht zusteht [34]).

---

[33]) Erbr. S. 344 ff.: „es kann keinen Zweifel leiden, daß sowohl die eingeerbten beweglichen Gegenstände und Capitalien, als das mütterliche Land, letzteres jedoch nach Abzug des dem Vater davon gebührenden Erbtheils, den Kindern in natura zukommen und daß der Vater nicht berechtigt ist, namentlich das Land gegen eine von ihm bestimmte Abfindung als sein privates Eigenthum zu behalten"; und Anm. 25. S. dagegen Holst. Anz. 1856 S. 12: „Was den abtheilenden Vater betrifft, so unterliegt es keinem Zweifel, daß er ... den gesammten Naturalnachlaß der verstorbenen Frau, möge er in Mobilien oder Immobilien bestehen, behalten und den Kindern nur den ihnen erbrechtlich beikommenden Antheil an dem von ihm selbst veranschlagten Werthe des Nachlasses auszusetzen braucht."

[34]) Verordn. v. 18. Juni 1777 § 6 (s. o. § 35 Anm. 21). Esmarch § 82 Anm. 21, § 83 Nr. 2c.

Das Recht der väterlichen Aussage ist ferner, wie bereits bemerkt, überhaupt nicht abhängig von einer vorhergehenden Gütergemeinschaft oder als Folge und Wirkung einer solchen anzusehen, sondern vielmehr als mit dem Verhältnisse zwischen Vater und Kindern, der väterlichen Gewalt und väterlichen Vormundschaft zusammenhängend. Daher steht es dem Vater auch dann zu, wenn etwa durch Ehepacten die Gütergemeinschaft ausgeschlossen war, insofern nicht darüber ausdrücklich etwas abgemacht worden ist. — Der Vater behält übrigens auch nach beschaffter Aussage, diese mag nun durch seine Wiederverheirathung veranlaßt worden oder ohne eine solche freiwillig von ihm geschehen sein, bis zur Mündigkeit der Kinder den Nießbrauch des ihnen ausgesagten oder auf andere Weise zufallenden Vermögens. Dieser von der Praxis von jeher angenommene Satz wird, wenigstens indirecte, auch gesetzlich bestätigt durch das Rescript für Friedrichsstadt vom 11ten Mai 1745 und das Rescript vom 8ten Juni 1773 wegen Beschränkung des der Mutter und dem Stiefvater einzuräumenden Nießbrauchs [35]).

---

[35]) Falk V. 18-21. S. H. Anz. 1848 S. 220: „in Erwägung, daß der Vater in Gemäßheit der Vormünderverordnung vom 19ten März 1742 der gesetzliche Vormund seiner unmündigen Kinder ist und dieses auch hinsichtlich des denselben nach dem Tode ihrer Mutter nach Eingehung einer zweiten Ehe durch die väterliche Aussage und anderweitig zufallenden Vermögens bleibt, der Vater über die Verwaltung eines solchen Vermögens nur der Obervormundschaft jährlich Rechnung abzulegen hat, ohne in dem Genusse der Revenüen gesetzlich beschränkt zu sein, dieser Revenüengenuß ihm vielmehr vermöge eines durch die Praxis anerkannten Herkommens nicht streitig zu machen ist, diesem Herkommen auch das Allerhöchste Rescript vom 8ten Juni 1773 zur Seite steht, durch welches lediglich den Müttern und Stiefeltern ein beschränkter Genuß der Revenüen von dem Vermögen der abgetheilten Kinder verstattet wird, ohne irgend eine Beschränkung des Revenüengenusses für den nachlebenden Vater, wenn er zur zweiten Ehe schreitet, zu enthalten."

Achter Abschnitt.

Die Wiederverheirathung und die Stiefkinder [1]).

§ 42.

Abtheilung der Kinder.

Für den Fall der Wiederverheirathung der Wittwe schreibt schon das J. L. I. 29 § 5 vor, daß die Vormünder das Vermögen der Kinder in Verwahrsam nehmen, diese aber bis zum 7ten Jahre der Mutter lassen und ihr das Erforderliche zu der Erziehung geben sollen [2]). Daß dem Vater die Abtheilung der Kinder bei der Wiederverheirathung vorgeschrieben sei, findet sich nicht und nach J. L. I. 7, so wie dem Umfange der väterlichen Gewalt überhaupt läßt sich gewiß annehmen, daß es von seiner Willkühr auch in jenem Falle abhing, ob er seine unmündigen Kinder wegen ihres mütterlichen Erbes abtheilen wollte. Sie blieben unter seiner väterlichen Vormundschaft und bei ihrer Mündigkeit oder Verheirathung konnten sie ihr mütterliches Erbe fordern, dessen Betrag denn im Falle des Streites der Vater durch Geschlechtseid erhärten konnte. Ueber die güterrechtlichen Verhältnisse, welche nach einer Abtheilung der Kinder erster Ehe im Falle der Wiederverheirathung der

[1]) Der erste Theil der folgenden Darstellung ist im Wesentlichen nach m. Schr. Schleswigs Recht ꝛc. S. 25 ff. hier wieder aufgenommen.

[2]) Uebereinstimmend damit Sk. L. III. 14, 15. And. Sunesen cap. 22 Matre ad secundas nuptias convolante bona statim reservanda tutoris fidei committuntur. E. S. L. I. 46, 47.

Mutter oder des Vaters eintreten, enthält das Jütsche Lov keine Bestimmungen und scheint es auch solcher überhaupt nicht bedurft zu haben, indem sich vielmehr Alles aus den Regeln des Erbrechts und der Gütergemeinschaft von selbst ergab. Jene Kinder nämlich waren nun wegen ihrer Ansprüche an den Nachlaß des verstorbenen Ehegatten völlig abgefunden, in Beziehung auf den nachlebenden aber hatten sie nur ein erst nach dessen Tode eintretendes Erbrecht und zwar, wenn der Vater der längstlebende war, auch in Betreff des aus der ersten Ehe herrührenden Kauflandes, welches in sein Sondergut übergegangen war. In der zweiten Ehe aber trat jetzt ganz die gewöhnliche eheliche Gütergemeinschaft ein, wobei die Existenz jener Kinder erster Ehe gar nicht in Betracht kam und auch auf die Theilung des Gemeingutes nach dem Tode des conjux binubus in Beziehung auf den zweiten Ehegatten keinen Einfluß äußern konnte. War die zweite Ehe kinderlos, so nahm der zweite Ehegatte die Hälfte, sonst einen Kopftheil nach der Zahl der Kinder dieser Ehe, und das Uebrige ward als Nachlaß des Verstorbenen nebst dessen Sondergut unter seine sämmtlichen Kinder erster und zweiter Ehe vertheilt; der nachlebende Ehemann aber behielt das in dieser beerbten Ehe erworbene Kaufland ganz und vererbte es demnächst auf seine Kinder. Starb dagegen der zweite Ehegatte zuerst, so war gleichfalls die Existenz jener Stiefkinder ohne Einfluß, der nachlebende conjux binubus theilte mit den Erben des Verstorbenen oder den gemeinschaftlichen Kindern wie gewöhnlich und ward demnächst von allen seinen Kindern aus beiden Ehen beerbt.

---

§ 43.

Aufnahme in die Gemeinschaft.

Es konnten aber auch die Kinder der ersten Ehe in die Gütergemeinschaft der zweiten Ehe aufgenommen werden, in welchem Falle denn das ganze bisher ungetheilte bewegliche Vermögen in diese und zugleich die Vormundschaft über die

Kinder der Frau auf den Stiefvater überging. Diese Aufnahme der Kinder in die neue Gütergemeinschaft oder des zweiten Ehegatten in die frühere mußte aber ausdrücklich geschehen und, wie andere Rechtsgeschäfte, auf dem Dinge verkündet werden, und in Betreff der Kinder einer Wittwe war dazu die Einwilligung der nächsten Verwandten erforderlich. Angedeutet wird dieser Fall im J. L. I. 6 § 6 (ær thet lagh i fælik mæth them), I. 20 (war han æi lagh i fælægh æth liusda thingi), I. 30 (takæ thæm i fælægh) und nähere Regeln für denselben sind enthalten in I. 6 § 6-9, jedoch nur in Beziehung auf das Kaufland. Aus diesen aber und den sonstigen Regeln des Jütschen Lovs über die Gütergemeinschaft, so wie aus den Bestimmungen, welche die Schonischen und Seeländischen Gesetzbücher, nach welchen, wie bereits in der Einleitung bemerkt, die Gütergemeinschaft mit den Stiefkindern gesetzlich eintrat, wenn nicht ein anderes Güterverhältniß ausdrücklich festgesetzt war, darüber enthalten, läßt sich mit ziemlicher Gewißheit entnehmen, wie das Verhältniß sich in den verschiedenen Fällen gestaltete. — Im § 6 ist zwar nur die Rede davon, daß der Ehemann ein Kind erster Ehe hat, welches in die Gütergemeinschaft der zweiten Ehe aufgenommen wird; im § 7 wird schon mehrerer mit dem Vater in Gemeinschaft befindlicher Kinder und zugleich mehrerer Kinder aus verschiedenen Ehen erwähnt, und im § 8 der Fall vorausgesetzt, daß der Ehemann mehrere Kinder erster Ehe hinterläßt, von welchen aber nur eins in die Gemeinschaft aufgenommen war[3]). Im § 6 wird nun zunächst die Regel aufgestellt, das Kaufland werde nach dem Tode eines der Ehegatten getheilt wie anderes Gemeingut; diese Regel aber wird im § 7 dahin näher bestimmt: sterbe die Stiefmutter zuerst, dann behalte der Vater das Kaufland so lange er lebe, demnächst aber werde es getheilt unter seine Kinder, aus wie vielen Ehen sie sein mögen, wie anderes

---

[3]) ær stiupmothær ok stiupbørn æfter, tha takær stiupbarn, eben so in der lateinischen und der neudänischen Uebersetzung. Eckenberger hat statt des Stiupbørn unrichtig Steffind.

väterliches Land, und nach § 8 soll, wenn der Vater zuerst stirbt und Stiefmutter mit Stiefkindern nachbleibt, das in die Gemeinschaft aufgenommene Stiefkind zunächst seinen Antheil von dem, während es in der Gemeinschaft war, erworbenen[4]) Kauflande nehmen und darauf alle Erben[5]) (also alle Kinder des Ehemannes) zur Hälfte mit der Frau das übrige Kaufland; der Theil aber, welchen das Stiefkind vorausnehme, werde zum väterlichen Lande gelegt und wie anderes väterliches Land getheilt, denn (§ 9) alles Kaufland heiße väterliches Land mit Ausnahme des der Ehefrau zufallenden Antheils. Zunächst muß nun bemerkt werden, daß im § 7 nach den Worten „unter seine Kinder" sich in der neudänischen Uebersetzung der unrichtige Zusatz „som vare udi fellig med hannem" und danach bei Eckenberger „de mit eme in Gemenschop weren" findet, welcher im Urtexte, so wie in der lateinischen Uebersetzung und der plattdeutschen von 1486 nicht vorhanden ist und einen unrichtigen Sinn giebt, indem gerade das Kaufland, wie anderes väterliches Land, unter alle Kinder, sie mögen abgetheilt sein oder nicht, getheilt wird. Ferner ist es nicht richtig, wenn Blüting[6]) als den Theil, welchen das in die Gemeinschaft aufgenommene Stiefkind von dem Kauflande herausnimmt, die Hälfte angiebt und denselben als den Erbtheil des Kindes bezeichnet; es kann vielmehr nur ein Drittheil sein und ebenso der Antheil der Stiefmutter die Hälfte von den übrigen $\frac{2}{3}$, also gleichfalls $\frac{1}{3}$, auch ist es nicht der Erbtheil, sondern der Communionsantheil des Kindes. Es steht hier nämlich die Auftheilung der Gemeinschaft und dabei zugleich die Ermittelung des als Nachlaß des verstorbenen Vaters anzusehenden Antheils zur

---

[4]) æfter at thet war i fælægh; dadurch wird das aus der ersten Ehe herrührende Kaufland ausgeschlossen; vergl. Rosenvinge in der Anm. zu dieser Stelle; E. S. L. I. 5, 6, 10, 11, s. o. Abschn. 1 Anm. 25.

[5]) allæ hans arving, Eckenberger übersetzt unrichtig alle des Erbes, s. Paulsen im staatsb. Mag. II. 596 ff. (63 ff.).

[6]) Gl. zu I. 6 § 8 S. 35 ff., auch Paulsen a. a. O. S. 595 (62).

Frage. Mitglieder der Gemeinschaft waren: der Vater, die Stiefmutter und deren Stiefkind, jeder zu einem bis dahin ideellen Hovedlod (Kopftheil), wie bei jeder derartigen vertragsmäßigen, sei es ausdrücklich oder stillschweigend eingegangenen Gemeinschaft [7]). Dieser Kopftheil bildet den Nachlaß eines verstorbenen Mitgliedes der Communion, wo es darauf ankommt, einen solchen Nachlaß zu ermitteln, mithin in allen Fällen, wo der Verstorbene Erben hinterläßt, welche nicht Mitglieder der Gemeinschaft waren, und daher solche „Utarving" Veranlassung zu einer wirklichen Erbtheilung geben (at reise Arv oder Hovetlot) [8]). So fällt in dem obigen Falle, wenn die Stiefmutter zuerst stirbt, ein Drittheil des Gemeingutes an ihre Erben, Vater und Kind erhalten jeder ein Drittheil [9]); ebenso auch in dem hier besprochenen Falle, wenn der Vater zuerst stirbt. Das in der Gemeinschaft befindliche Stiefkind nimmt $\frac{1}{3}$, die Stiefmutter $\frac{1}{3}$, das übrige $\frac{1}{3}$ wird, als der Antheil des verstorbenen Vaters, an dessen sämmtliche Kinder vererbt und zwar mit Einschluß jenes in die Gemeinschaft aufgenommenen Kindes, wie theils aus den Worten „alle hans Arving", theils aus der Natur der Sache folgt, da dieses Kind eben so nahe zu dem Nachlasse des Vaters ist, als die übrigen Kinder, welche in Betreff ihres mütterlichen Erbes bereits abgefunden waren, statt dessen jenes Kind jetzt seinen Communionsantheil erhält [10]). Eben so ist es, wenn eine

---

7) Sk. L. I. 5, 6. And. Sunesen cap. 4 si non fuerit determinatum, quae portio quemque contingat —, pares partes omnes, cum a communione recesserint, optinebunt. E. S. L. I. 3, 4, 10, 11, 25. Ancher saml. Skr. II. 368.

8) J. L. I. 10. E. S. L. I. 5, 6, 26. Sk. L. I. 21. V. S. L. I. 3. Arveb. 38, vergl. Ancher a. a. O. S. 382. Rosenvinge Retshist. § 126 Anm. a.

9) Blüting zu I. 6 S. 34. M. Schrift S. 219 Nr. 9 und über diesen Rechtsfall Blüting Erbgangsr. Cap. 12 und 38 (s. Anhang).

10) Sk. L. I. 21 Dør Bondæ ok ær utarfæ til, sua at Bondæns ær Barn og kunu hans stypbarn, ællær i fællæghe ællær utæn, tha resær thæt thæm bøthæ lot allum hans børnum til skiftis.

Wittwe zur zweiten Ehe schreitet, ihre Kinder erster Ehe theils wegen ihres väterlichen Erbes abgefunden, theils in die Gütergemeinschaft der zweiten Ehe aufgenommen werden, und darauf die Mutter oder eins der in der Gemeinschaft gebliebenen Kinder stirbt; die anderen Kinder gleicher Lage erhalten ihre Communionsantheile und außerdem neben den abgetheilten Kindern ihren Erbtheil von dem Antheile der verstorbenen Mutter oder Geschwister [11]). Eine solche Ausmittelung des dem verstorbenen Communionsmitgliede zufallenden Vermögenstheils findet aber auch nur in dem erwähnten Falle Statt, wo Utarvinge, d. h. nicht in der Gemeinschaft befindliche Miterben vorhanden sind; ist dieses nicht der Fall, sind vielmehr alle Erben des Verstorbenen zugleich Mitglieder der Communion, dann kommt die Erbqualität gar nicht in Betracht, sondern der Antheil des Verstorbenen bleibt in der Gemeinschaft und diese wird unter die nachbleibenden Mitglieder derselben nach Kopftheilen aufgetheilt, selbst wenn sie nicht alle als Erben des Verstorbenen anzusehen wären; so daher namentlich in dem Falle, wenn alle von dem einen Ehegatten in die zweite Ehe gebrachten Kinder erster Ehe in die Gemeinschaft aufgenommen werden [12]), das Erbrecht kommt in solchen Fällen nur in Beziehung auf das etwanige Sondergut des Verstorbenen zur Ausübung, in Betreff des Gemeingutes wird es ersetzt und gehemmt durch die Theilnahme an der Gemeinschaft. — Daß nun in dem im J. L. I. 6 § 8 vorausgesetzten Falle das in die Gemeinschaft aufgenommene Kind auch den vorausgenommenen Theil des Kauflandes mit seinen Geschwistern theilen muß, folgt aus der am Schlusse angegebenen Regel, daß alles Kaufland, mit alleiniger Ausnahme des der Frau zufallenden

---

[11]) J. L. I. 10, 11. V. S. L. I. 1 § 16 Æn um sua ær at fruæn havær nokær sin børn i fælægh til mannæn ok havæ nokæt süzkæn til utarvæ, ok dør thæt barn, ær i fælægh ær mæth mannen ok fruæn. thæt ær fruennæ ær barn, tha takæ utarvæ . . . ful lot sum ante mothær ællær thæt süzkæn, ær i fælægh ær mæth mothær. E. S. L. I. 5. Blüting Erbgangsr. Cap. 31.

[12]) E. S. L. I. 6 forutæn at thær ær utarvæ til.

Antheils, als väterliches Land angesehen wird; im Verhältniß zu den Kindern steht es seinem Sondergute gleich; jene Absonderung bezieht sich daher nur auf das Verhältniß zu der Stiefmutter, unter die Kinder aber wird es wie anderes Sondergut des Vaters vererbt [13]). Dagegen behält natürlich jenes Kind seinen Communionsantheil von dem übrigen Gemeingute für sich und theilt den Antheil des verstorbenen Vaters als Miterbe mit den übrigen Kindern.

---

§ 44.

Stillschweigende Aufnahme. Verschiedene Theorien.

Wenn weder eine ausdrückliche Aufnahme der Kinder einer zur zweiten Ehe schreitende Wittwe in die Gütergemeinschaft mit dem Stiefvater, noch eine Auftheilung zwischen der Mutter und den Kindern vorgenommen war, so konnte diese Auftheilung immer noch nachträglich verlangt werden, bis dahin aber, daß dieses geschehen war, trat wohl überhaupt keine Gütergemeinschaft in der zweiten Ehe ein, sondern bei dem Tode des einen Ehegatten nahm der nachlebende zweite Ehegatte oder dessen Erbe nur das von ihm Eingebrachte heraus. Von einem solchen Falle der Wiederverheirathung einer Wittwe, welche nicht mit ihren Kindern getheilt hatte, versteht man seit Ancher [14]) allgemein J. L. 1. 20, indem man die Worte „ther æi havær siælf Hovethlot" auf die Wittwe und nicht, wie es früher geschah, auf den Mann bezieht. Schon Thor Degn [15]) nimmt aber an, daß die Gütergemeinschaft

---

[13]) Vergl. Paulsen im staatsb. Mag. II. 594 ff. (64 ff.); s. auch Abschn. 6 Nr. 2.

[14]) saml. Skr. III. 361 ff., 364 ff.; vergl. Paulsen a. a. O. S. 590 ff. (56 ff.); Falk IV. 445. Esmarch Erbr. § 13 Anm. 1. S auch m. Schrift S. 99 Nr. 97, S. 135 Nr. 8, S. 202 Nr. 9.

[15]) bei Falk 38; Rosenvinge S. 27, c. 54. Item tacita communitas est, si mortuo viro mulier cum pueris residet et, ipsorum patrimonio placito per cognatos non promulgato, virum receperit legitimum,

zwischen den Ehegatten und den Kindern des einen derselben aus einer früheren Ehe stets stillschweigend eintrete, wenn nicht den Kindern ihr väterliches oder mütterliches Erbe ausgelegt und auf dem Ting verkündet werde (tiende fellig, tacita communitas) und Blüting Gl. S. 33 erklärt danach auch J. L. I. 6 § 6, der unrichtigen Eckenbergerschen Uebersetzung folgend (unde mit er in der Gemenschop were für ok ær thet lagh i fælik mæth them), von einer „heimlichen" Gemeinschaft. Er stellt schon die Frage von der Theilung mit Stiefkindern als eine schwierige und bestrittene dar. Eine von ihm nur angedeutete, aber verworfene Ansicht ging dahin, daß der Stiefvater oder die Stiefmutter die Hälfte des gemeinschaftlichen Gutes erhalte, die andere Hälfte zwischen den Kindern getheilt werde. Diese Ansicht war richtig für den Fall, da nur abgetheilte Stiefkinder vorhanden waren, da diese dann nicht Mitglieder der Gemeinschaft waren, sondern nnr als Erben ihres verstorbenen parens binubus auftraten, dessen Nachlaß, da die Ehe unbeerbt, die Hälfte war; bei nicht abgetheilten Stiefkindern dagegen und bei einer Concurrenz mit Kindern der zweiten Ehe war sie offenbar unrichtig, da jene als Mitglieder der Gemeinschaft einen Anspruch auf einen Communionstheil hatten und da nach jener Theilungsart der Vater oder die Mutter der Concurrenz eines Stiefkindes wegen sogar mehr erhalten konnte, als wenn dieses nicht vorhanden gewesen wäre. Blüting selbst (Gl. zu I. 6 S. 37 ff.) gesteht dem Wittwer oder der Wittwe in Concurrenz mit eigenen und Stiefkindern, sowie mit eigenen Kindern aus verschiedenen Ehen immer nur besten Kindestheil zu, ohne zu unterscheiden, ob die Kinder wegen ihres väterlichen oder mütterlichen Erbes abgetheilt waren oder nicht, welche Theorie im Gegensatze zu

---

tunc omnes sunt in tacita communitate, et idem est, si mortua muliere vir uxorem receperit, tunc sunt omnes in tacita communitate, et si vir pueros habet et bona materna non sunt in placito promulgata, extunc ipse et ipsa et pueri viri et pueri mulieris inventa sunt in una tacita communitate bonorum mobilium. Vergl. Bischof Knuts Gl. zu I. 20.

der vorigen nur für den Fall richtig war, daß die Stiefkinder nicht abgetheilt, sondern in die Gemeinschaft aufgenommen waren, indem es zu einer solchen Theilung mit abgetheilten Stiefkindern an jedem Grunde fehlte. Man hat für diese Theilungsnorm sich wohl auf die Constitution vom 7ten September 1625, wie es in Ansehung einiger die Erbfolge betreffenden Punkte auf Föhrde gehalten werden solle, berufen, diese Verfügung aber enthält überall nichts über das Verhältniß des nachlebenden Ehegatten zu den Stiefkindern in Beziehung auf das eheliche Gemeingut, sondern bestimmt nur die Theilung unter den Kindern aus verschiedenen Ehen nach ihrem gemeinschaftlichen parens [16]. Eine dritte Theorie hat Blüting in seinem Erbgangsrechte [17] aufgestellt, indem er unterscheidet, ob die Stiefkinder abgetheilt waren oder nicht, in diesem Falle, wenn mithin die Stiefkinder in die Gemeinschaft aufgenommen waren, nach Köpfen theilt, im entgegengesetzten Falle aber den Antheil des verstorbenen Ehegatten an dem Gemeingute neben dem überlebenden und den Kindern aus der zweiten Ehe nach Kopfzahl bestimmt und diesen Antheil unter die sämmtlichen Kinder des Verstorbenen und den nachlebenden Ehegatten theilt. Diese Theorie zeichnet sich vor den vorhergehenden dadurch aus, daß sie die geschehene Abtheilung berücksichtigt und daß sie das Recht auf einen Communionstheil von dem Erbrechte unterscheidet, sie ist aber insbesondere deshalb unrichtig, weil sie an dem Antheile des verstorbenen Ehegatten neben den Kindern den nachlebenden Ehegatten miterben läßt. Außerdem führt Blüting noch verschiedene Theilungsarten als hin und wieder bei den Unterrichtern vorkommend an. Wie wenig klar aber überhaupt seine Vorstellung von der Sache war, ergiebt sich insbesondere auch daraus, daß er abwechselnd angiebt, bald daß die Aufnahme des zweiten Ehegatten in die Gemeinschaft ausdrücklich zu Dinge verkündet werden müsse, bald umgekehrt.

---

16) Esmarch Erbr. S. 56 ff.

17) Cap. 23 und 26, s. Anhang.

daß es einer ausdrücklichen Erklärung bedürfe, wenn die Gemeinschaft nicht eintreten solle, „alias semper praesumitur pro communitate."

---

§ 45.

Uebergang zum geltenden Rechte.

Für den Fall, daß die zweite Ehe unbeerbt war, scheint die Theilung unbestritten gewesen zu sein. Waren nämlich die Stiefkinder abgetheilt und also nicht Mitglieder der Gemeinschaft, so ward diese nach dem Tode des einen Ehegatten nach der Regel im J. L. I. 6 § 1 zwischen dem nachlebenden und den Erben des verstorbenen gerade durch getheilt [18]. Im entgegengesetzten Falle fiel, wenn der zweite Ehegatte zuerst starb, dessen Kopftheil vom Gemeingute nebst seinem Sondergute an seine Erben und die nachlebenden Mitglieder der Gemeinschaft erhielten ihre Kopftheile [19]; starb dagegen der zum zweiten Male verheirathete Ehegatte zuerst, so ward das Gemeingut zwischen dem nachlebenden und den Stiefkindern nach Kopftheilen getheilt und nur in dem Falle, da ein oder einige Stiefkinder abgetheilt waren, mußte der Antheil des Verstorbenen zur Vererbung an seine sämmtlichen Kinder ermittelt und ausgelegt werden [20]. Waren aber auch Kinder aus der zweiten Ehe vorhanden und die Stiefkinder waren abgetheilt, so konnten diese bei dem Tode des zweiten Ehegatten überall nicht in Betracht kommen, da sie weder Erben desselben als Stiefkinder noch Mitglieder der Gemeinschaft waren, vielmehr theilte der nachlebende conjux binubus ganz in Uebereinstimmung mit J. L. I. 6 § 2-4 mit den gemein-

---

18) Darauf geht E. S. L. I. 3 Dør annæt thæræ barnløst fran annæt, tha skal thæs døthæ arsvæ gangæ at halfbo .. um the æræ æy meræ æn tu i fælugh sammæn.

19) Blüting Gl. S. 34, Erbgangsr. Cap. 22; Anh. Nr. 5.

20) J. L. I. 6 § 6, 8; I. 10; s. o. Anm. 8, 11 und 12.

schaftlichen Kindern. Wenn dagegen der letztere zuerst starb und also der bestrittene Fall der Concurrenz des nachlebenden Ehegatten mit Stiefkindern und gemeinschaftlichen Kindern eintrat, so war kein rechtlicher Grund vorhanden, weshalb die Existenz der ersteren, welche abgetheilt waren und daher zu der Gütergemeinschaft der zweiten Ehe in gar keiner Beziehung standen, sondern nur ein Erbrecht mit ihren Halbgeschwistern nach dem parens binubus hatten, irgend einen Einfluß auf die aus der ehelichen Gütergemeinschaft fließenden Rechte des zweiten Ehegatten äußern sollte, dieser mußte vielmehr, ohne Rücksicht auf die Stiefkinder, auch in diesem Falle den ihm nach der Zahl der gemeinschaftlichen Kinder zukommenden Kopftheil von dem Gemeingute erhalten, das Uebrige aber ward als Nachlaß des Verstorbenen unter dessen sämmtliche Kinder vertheilt [21]). Wenn dagegen die Stiefkinder nicht abgetheilt, sondern in die Gemeinschaft ausdrücklich oder stillschweigend aufgenommen, und zugleich Kinder aus der zweiten Ehe vorhanden waren, so trat nach dem Tode des einen Ehegatten in Beziehung auf die Auftheilung des Gemeingutes dieselbe Wirkung ein, wie bei einer Einkindschaft, Gleichstellung der Kinder aus beiden Ehen oder der eigenen — und der Stiefkinder [22]), und das Gemeingut ward zwischen dem nachlebenden Ehegatten und allen Kindern aus beiden Ehen nach Kopftheilen getheilt. In Beziehung auf den nachlebenden Ehegatten war dieses auch völlig regelrecht, da derselbe sowohl im Verhältniß zu den in die Gemeinschaft aufgenommenen Kindern erster Ehe oder Stiefkindern in Folge dieser Gemeinschaft, als auch im Verhältniß zu den gemeinschaftlichen Kindern

---

21) s. Paulsen schon in der 1sten Aufl. s. Lehrb. S. 346 Anm. 5.

22) Blüting Gl. S. 37 „die Gemeinschaft et quasi quaedam unio prolium und Einkindschaft; Erbgangsr. Cap. 23, 26 (Anh. 4). Auf obigen Fall ist auch zu beziehen And. Sunesen cap. 11: Post viri obitum uxore relicta relictisque filiis quibusdam communibus quibusdam privignis uxoris, non est defuncto portio de bonis communibus facienda, quae uxori penitus auferatur et solis filiis relinquitur.

zufolge der gewöhnlichen Theilungsnorm bei beerbter Ehe zu einem Kopftheile berechtigt war. In Betreff der Kinder dagegen führte zwar jene Theilungsart dem Principe nach zu keinem richtigen Resultate [23]); die Interessen und die Rechte der Kinder erster und zweiter Ehe, der gemeinschaftlichen und der Stiefkinder, standen einander gegenüber und traten in Collision mit einander. Es war dieses eine nothwendige Folge gerade der nicht geschehenen Abtheilung der Kinder erster Ehe und der dadurch herbeigeführten Vereinigung und Vermengung der nach der ersten Ehe fortgesetzten und der in der zweiten Ehe entstandenen Gütergemeinschaft. Ob dieses Verhältniß zum Vortheil oder zum Schaden der Kinder erster Ehe gereichte, welche die ihnen aus der früheren Gemeinschaft zustehenden Ansprüche gegen die ihnen an der neuen Gemeinschaft zugestandene Theilnahme aufgegeben hatten, und umgekehrt ob dadurch den Kindern der zweiten Ehe, welche jetzt an dem von ihren Halbgeschwistern in die Gemeinschaft dieser Ehe übertragenen Vermögen Theil nahmen, dagegen aber auch ihnen eine Theilnahme an dem in die Ehe eingebrachten Vermögen des zweiten Ehegatten gestatten mußten, ein Vortheil erwuchs, dieses alles hing von den zufälligen Umständen des einzelnen Falles, der Größe des von der einen oder anderen Seite eingebrachten Vermögens und der Zahl der in der zweiten Ehe gebornen Kinder ab, wie das bei der Einkindschaft immer der Fall ist. Da sich nun annehmen läßt, daß die stillschweigende Aufnahme der Kinder erster Ehe in die Gütergemeinschaft der zweiten Ehe sehr häufig eintrat und eine Abtheilung jener nur ausnahmsweise Statt fand, so lag die Veranlassung zu der Vorschrift der Verordnung vom 20sten Juni 1716, daß immer vor Eingehung der zweiten Ehe mit den unmündigen Kindern erster Ehe Richtigkeit getroffen werden solle, nahe. Nach dieser, später in die Vormünderverordnung aufgenommenen Vorschrift kann ein ähnliches Verhältniß, wie es früher durch ausdrückliche oder stillschweigende Aufnahme der Kinder erster Ehe in

---

[23]) Deshalb ward sie in meiner angef. Schrift S. 30 verworfen.

die Gütergemeinschaft der zweiten Ehe eintrat, bei unmündigen Kindern nur in Folge einer förmlichen Einkindschaftsacte eintreten, in welcher die Wirkungen derselben näher angegeben werden, regelmäßig aber muß der Wiederverheirathung eine Abfindung der Kinder in Betreff ihres väterlichen oder mütterlichen Erbes vorhergehen. Dadurch werden sie denn aber zugleich außer aller Beziehung zu der jetzt eintretenden ehelichen Gütergemeinschaft gesetzt und es müssen daher auch alle Folgen jenes Verhältnisses der nicht abgetheilten Stiefkinder wegfallen. Die Richtigkeit dieses Satzes ist auch stets anerkannt worden, dessenungeachtet aber ist derselbe weder in der Praxis, noch bei den in neuerer Zeit aufgestellten Theorien zur Anwendung gekommen.

---

§ 46.

Heutiges Recht.

Die Praxis, namentlich des früheren Schleswigschen Obergerichts, hat allerdings im Falle der unbeerbten zweiten Ehe der Concurrenz der Stiefkinder keinen weiteren Einfluß auf die Auftheilung des Gemeingutes zugestanden, vielmehr es damit ebenso verhalten, als wenn der überlebende zweite Ehegatte mit anderen Verwandten des verstorbenen Ehegatten zu theilen habe, so daß die Hälfte jenem Ehegatten, die Hälfte den Stiefkindern desselben, als Erben des Verstorbenen, zufiel [24]), wie dieses auch früher bei der Concurrenz mit abgetheilten Stiefkindern allein wohl immer geschah. Dagegen hat man im Falle der Concurrenz des zweiten Ehegatten mit eigenen und Stiefkindern die in der Blütingschen Glosse angegebene Theorie befolgt und jenem einen besten Kindestheil nach der Zahl sämmtlicher Kinder aus beiden Ehen zugelegt [25]). Die Unrichtigkeit dieser Theilungsnorm ist dabei

---

[24]) Esmarch Erbr. § 10. I. B. bürgerl. R. § 82 I. 4.

[25]) Esmarch Erbr. § 10. II. S. H. Anz. 1845 S. 275, 1847 S. 23 ff.

nicht verkannt, auch ist diese nie ohne Widerspruch geblieben und nur, weil man sich über eine andere nicht vereinigen konnte, beibehalten worden. Jene Theilungsart ist nämlich offenbar hauptsächlich deshalb unrichtig, weil dabei der geschehenen Abfindung der Kinder erster Ehe in Betreff ihres väterlichen oder mütterlichen Erbes gar keine Wirkung beigelegt und den Stiefkindern ungeachtet jener Abfindung ein Einfluß auf die Bestimmung des dem zweiten Ehegatten gebührenden Antheils vom Gemeingute zugestanden wird. Die Kinder der ersten Ehe sind durch die erfolgte Abfindung außer allem Verhältniß zu der in der zweiten Ehe entheΖenden Gütergemeinschaft gesetzt und es kommen daher jetzt in Betreff dieser und der Rechte des zweiten Ehegatten an derselben die gewöhnlichen Regeln zur Anwendung, so daß dem nachlebenden Ehegatten bei unbeerbter Ehe die Hälfte, bei beerbter Ehe ein bester Kindestheil nach der Zahl der gemeinschaftlichen Kinder zufällt. So wenig wie bei unbeerbter Ehe jene Hälfte wegen vorhandener Stiefkinder auf einen Kopftheil herabgesetzt wird, diese vielmehr nur gleich anderen Erben die nachbleibende Hälfte als den Nachlaß ihres parens theilen, eben so wenig kann bei beerbter Ehe jener beste Kindestheil der Stiefkinder wegen verringert werden, vielmehr kommen diese erst als Miterben an dem, nach Abzug jenes dem zweiten Ehegatten gebührenden Communionstheils sich ergebenden Nachlasse des gemeinschaftlichen parens in Betracht. Bei jener von der Praxis angenommenen Theilungsart wird daher auch der Unterschied zwischen den aus der Gemeinschaft fließenden Rechten und Erbrechten verkannt und übersehen, indem man die Communionsrechte des zweiten Ehegatten durch die Erbrechte der Stiefkinder modificirt werden läßt. Daß die gemeinschaftlichen Kinder, wenn sie gleich nicht als eigentliche Mitglieder der ehelichen Gütergemeinschaft angesehen werden können, doch als in einer gewissen Beziehung zu dieser stehend gedacht werden und daß daher der Communionsantheil des nachlebenden Ehegatten bei beerbter Ehe anders bestimmt ist, als bei unbeerbter, hat nichts Auffallendes und ist etwas,

welches sich nicht blos im Jütschen Lov, sondern auch in manchen anderen Rechten findet. Bei den Stiefkindern aber ist ein solches Verhältniß zu der Gemeinschaft der zweiten Ehe nicht vorhanden und durch ihr bei dem Tode des parens binubus eintretendes Erbrecht kann das Recht des zweiten Ehegatten aus der Gemeinschaft nicht verändert werden. Es kann daher auch die Beibehaltung jener als unrichtig erkannten Theilungsart in der Praxis nicht damit entschuldigt werden, daß sich der Antheil des verstorbenen Ehegatten an der Gütergemeinschaft der zweiten Ehe nicht anders ausmitteln lasse; und ebenso können die verschiedenen Versuche, jenen Antheil zu ermitteln, nur als völlig verfehlt und auf einer unrichtigen Grundlage beruhend angesehen werden. Es kommt vielmehr nur darauf an, den Antheil des nachlebenden Ehegatten an der Gütergemeinschaft festzusetzen [26]) und dieser ist gesetzlich bestimmt, sowohl bei unbeerbter als bei beerbter Ehe. Alles Uebrige verbleibt den Erben des verstorbenen Ehegatten, mögen jene Erben nun Kinder oder andere Verwandte desselben sein. Jenen Versuchen liegt überdies zum Theil die irrige Ansicht zum Grunde, es müßten die gemeinschaftlichen Kinder als Mitglieder der zwischen den Eltern bestehenden Gütergemeinschaft angesehen werden. Dieses ist namentlich der Fall bei der Ansicht [27]), daß die Gemeinschaft zwischen den beiden Ehegatten und den gemeinschaftlichen Kindern nach Kopfzahl aufzutheilen und der danach auf den verstorbenen conjux binubus fallende Antheil als dessen unter seine sämmtlichen Kinder zu vertheilende Nachlaß anzusehen sei. Es ist dieses dieselbe Theorie, welche, wie oben bemerkt, schon Blüting in seinem Erbgangsrechte aufstellte, nur mit der Verbesserung, daß sie nicht, wie dieser, dem nachlebenden Ehegatten ein Miterbrecht an dem Antheile des verstorbenen zugesteht.

---

[26]) Krieger 112.

[27]) Angeführt in Esmarchs Erbr. § 10 Anm. 6 und angenommen von Hennings in Falks Arch. I. 338 ff.

Auch eine andere Theorie [28]), wonach die Hälfte des Gemeingutes als der unter sämmtliche Kinder zu vertheilende Antheil des verstorbenen conjux binubus anzusehen wäre, die andere Hälfte dem nachlebenden Ehegatten und den Kindern dieser Ehe verbliebe, ermangelt der gesetzlichen Begründung oder Analogie und eine solche Verbindung der verschiedenen bei beerbter und bei unbeerbter Ehe geltenden Regeln ist jedenfalls ein zu theoretisches Auskunftsmittel, dessen es überhaupt nicht bedarf. Da die zweite Ehe beerbt war und keine andere Mitglieder der Gütergemeinschaft vorhanden waren, so gebührt dem nachlebenden Ehegatten ein bester Kindestheil nach der Anzahl der Kinder dieser Ehe als Communionsantheil und darauf kann es keinen Einfluß haben, daß bei der Erbtheilung nach dem verstorbenen conjux binubus außer diesen Kindern noch andere Erben concurriren. Wenn z. B. ein zum zweiten Male verheiratheter Ehegatte bei seinem Tode außer einem Sohne und einer Tochter erster Ehe den zweiten Ehegatten mit zwei Söhnen und einer Tochter aus dieser Ehe hinterließe, so würde der nachlebende Ehegatte von dem Gemeingute $\frac{2}{7}$, jeder der 3 Söhne $\frac{10}{56}$ und jede der beiden Töchter $\frac{5}{56}$ erhalten. (Nach der von der Praxis befolgten Theorie dagegen würde in diesem Falle dem nachlebenden Ehegatten $\frac{2}{10}$, jedem Sohne $\frac{2}{10}$ und jeder Tochter $\frac{1}{10}$ zufallen, nach der angeführten zweiten Blütingschen Theorie der Antheil des nachlebenden Ehegatten $\frac{2}{9} + \frac{2}{45} = \frac{12}{45}$ betragen, eben so viel jeder Sohn zweiter Ehe, die Tochter die Hälfte, dagegen der Stiefsohn nur $\frac{2}{45}$ und die Stieftochter nur $\frac{1}{45}$ erhalten, und, wenn man dem nachlebenden Ehegatten das Miterbrecht nach dem verstorbenen nicht einräumte, wäre der jenem zufallende Antheil $\frac{2}{9}$, der jedes Kindes zweiter Ehe resp. $\frac{2}{9} + \frac{4}{72}$ und $\frac{1}{9} + \frac{2}{72}$ und derjenige der Stiefkinder $\frac{4}{72}$ und $\frac{2}{72}$; nach der zuletzt erwähnten Theorie endlich erhielte der nachlebende Ehegatte $\frac{1}{7}$, jedes Kind zweiter Ehe resp. $\frac{1}{7} + \frac{1}{8}$ und $\frac{1}{14} + \frac{1}{16}$ und jedes Stiefkind resp. $\frac{1}{8}$ und $\frac{1}{16}$.)

---

[28]) Falks Arch. II. 536, s. dagegen **Krieger** a. a. O. Anm. 9.

§ 47.

Die Vorrechte des Wittwers.

Es ist bisher von der Auftheilung des Gemeingutes in dem Falle, wenn Stiefkinder des nachlebenden Ehegatten vorhanden sind, die Rede gewesen. Dabei versteht es sich von selbst, daß in Betreff der Sondergüter im Allgemeinen die gewöhnlichen Regeln zur Anwendung kommen, so daß der nachlebende Ehegatte das seinige behält, das des verstorbenen an dessen Kinder fällt. Zweifelhaft aber kann es sein, wie die besonderen Rechte des Ehemannes bei beerbter Ehe, nämlich das Recht auf einen besten Kindestheil von dem Erblande der Frau und das Recht das Kaufland zu behalten, bei der Concurrenz von Stiefkindern zur Anwendung kommen. Nach der älteren Blütingschen Theorie wird es auch in Betreff dieser Rechte des Wittwers so verhalten, als wenn nur eigene Kinder neben ihm vorhanden wären, und es wird ihm daher theils von dem Erblande der Frau ein bester Kindestheil nach der Zahl sämmtlicher Kinder, sowohl der eigenen als der Stiefkinder, zugestanden, theils das Kaufland ganz gelassen. Wie sehr dieses zum Nachtheil der Stiefkinder ist, liegt besonders bei dem Kauflande am Tage, da sie von diesem auch nach dem Tode des Stiefvaters nichts erben können und es während der Ehe in seiner Macht liegt, ein etwa von ihrer Mutter in die Ehe eingebrachtes Capitalvermögen in Land anzulegen und auf diese Weise ihnen gänzlich zu entziehen [29]. So wie aber bei unbeerbter Ehe der Wittwer auch mit den Stiefkindern das Kaufland gleich dem beweglichen Gemeingute theilen muß, so wird auch das Recht desselben, das Kaufland zu behalten, immer nur seinen eigenen Kindern gegenüber und in Verbindung mit ihrem demnächstigen Erbrecht nach dem Vater angeführt [30], und es ist kein Grund einzusehen, weshalb die

---

29) So Esmarch § 10. II. und III. 26.

30) J. L. I. 6 § 3 En køpæiord fa børn ækki af fyrre æn the ærvæ there fathær § 7 then køpæ iord thær fathær fenger .. mæt sine Børn thær i fælugh war mæth hanum. § 9.

Stiefkinder durch die Concurrenz von Halbgeschwistern von dem Kauflande, dessen Kaufpreis von dem beweglichen Gute herausgenommen ist und welches deshalb gleich diesem zu dem Gemeingute gehört, ganz ausgeschlossen werden sollen. Vielmehr wird man die im J. L. I. 6 § 9 hinzugefügte Einschränkung „uten then lot thæræ Husfru fangær" auch von dem den Erben der Ehefrau zufallenden Antheil verstehen müssen, um so mehr, da in den §§ 6-9 überhaupt nur von solchen Fällen die Rede ist, in denen der Ehemann mehrfach verheirathet gewesen ist und Stiefkinder der Frau vorhanden sind, nicht aber von dem umgekehrten Falle der Concurrenz von Stiefkindern des Mannes, in den §§ 1-5 dagegen nur die Fälle einer einmaligen beerbten oder unbeerbten Ehe behandelt werden. — Was ferner das Erbland der Ehefrau betrifft, so wird dem Vater ein bester Kindestheil davon neben gemeinschaftlichen Kindern ausdrücklich als Erbtheil beigelegt[31]); den Stiefkindern gegenüber hat er keinen Anspruch darauf uud es scheint nicht gerechtfertigt zu sein, daß man das Erbrecht der Kinder erster Ehe wegen der Concurrenz von Halbgeschwistern auch noch durch jenes dem Stiefvater nur im Verhältniß zu seinen eigenen Kindern ertheilte Erbrecht schmälert. Sowie man daher den Communionsantheil des Stiefvaters an dem Gemeingute ohne Rücksicht auf die Existenz der Stiefkinder zu bestimmen hat, so wird man diesen von dem übrigen Gemeingute, sowohl dem beweglichen als dem Kauflande, ihren Erbtheil zukommen und den Stiefvater nur die seinen Kindern zufallenden Antheile des letzteren behalten lassen und imgleichen den Stiefkindern ihre Erbtheile von dem mütterlichen Erblande, ohne Rücksicht auf die Concurrenz des Stiefvaters, auslegen und das Uebrige zwischen diesem und seinen Kindern theilen müssen.

---

[31]) J. L. I. 6 § 2, 4 tha ærvær fathær, dieses wird nie statt takær gebraucht, wohl umgekehrt, s. Einl. vergl. o. Abschn. 6.

§ 48.

Resultat.

Nach obigen Ausführungen ergiebt sich für die verschiedenen Fälle folgendes Resultat:

I. Der zweite Ehegatte stirbt zuerst; dann kommen dessen Stiefkinder überall nicht in Betracht, die zweite Ehe mag beerbt oder unbeerbt sein, sondern der nachlebende conjux binubus theilt, wie gewöhnlich, entweder mit den gemeinschaftlichen Kindern oder den sonstigen Erben des Verstorbenen. Ebenso kann, wenn auf beiden Seiten Stiefkinder vorhanden sind, bei dem Tode des einen Ehegatten immer nur von dem Erbrechte der Kinder dieses Verstorbenen die Rede sein.

II. Der conjux binubus stirbt zuerst und

A. die zweite Ehe ist unbeerbt; dann erhält, wie überhaupt bei unbeerbter Ehe, der nachlebende Ehegatte die Hälfte des Gemeingutes, das Uebrige fällt an die Stiefkinder, und auch der Ehemann ist nicht weiter begünstigt, er erbt weder von dem Erblande der Frau, noch behält er vom Kauflande mehr als jene Hälfte.

B. die zweite Ehe ist beerbt. Der nachlebende zweite Ehegatte nimmt seinen Communionsantheil von dem Gemeingute, besten Kindestheil nach der Anzahl der gemeinschaftlichen Kinder, das Uebrige wird unter sämmtliche Kinder des Verstorbenen vertheilt. Der nachlebende Ehemann behält ferner die seinen Kindern zufallenden Theile des Kauflandes und erbt von dem Erblande der Frau, nachdem die Stiefkinder ihre Erbtheile vorausgenommen haben, mit seinen Kindern.

III. Wenn demnächst auch der längstlebende Ehegatte stirbt, ohne daß eine Theilung nach dem zuerst verstorbenen Statt gefunden hat, so daß jetzt die Kinder aus beiden Ehen mit einander concurriren, so muß nun jene Theilung nachträglich vorgenommen werden, indem die Kinder der ersten Ehe nach ihrem zuerst verstorbenen parens bereits früher abgefunden waren und nur noch ein Erbrecht nach dem parens binubus

hatten, den Kindern der zweiten Ehe dagegen Erbrechte nach beiden Eltern zustehen [32]). Ist nun

A. der zweite Ehegatte zuerst verstorben und darauf der conjux binubus, welcher vor seiner Wiederverheirathung mit seinen Kindern erster Ehe abgetheilt, nach dem Tode jenes zweiten Ehegatten aber mit den Kindern dieser Ehe die Gütergemeinschaft fortgesetzt hatte, so müssen zunächst die diesen Kindern nach ihrem zuerst verstorbenen parens, dem zweiten Ehegatten, zugefallenen Erbtheile ermittelt werden. Zu diesem Zwecke muß mithin eine nachträgliche Theilung des bisher ungetheilt gebliebenen Vermögens zwischen dem zuletzt verstorbenen Ehegatten, als wenn er noch lebte, und seinen Kindern zweiter Ehe vorgenommen werden und das sich dadurch ergebende Vermögen dieses gemeinschaftlichen parens bildet seinen unter seine sämmtlichen Kinder zu theilenden Nachlaß [33]).

B. In dem umgekehrten Falle, wenn der zweite Ehegatte als längstlebender in ungetheilten Gütern bis an seinen Tod geblieben war, dann ist nun die nachträgliche Theilung nach dem conjux binubus nach den oben unter II. B. angegebenen Regeln vorzunehmen und der danach sich ergebende Vermögenstheil des zweiten Ehegatten fällt den Kindern der zweiten Ehe allein zu, das Uebrige wird unter sämmtliche Kinder vertheilt.

---

§ 49.

Einkindschaft.

Es ist bereits oben bemerkt worden, daß durch die stillschweigende oder ausdrückliche Aufnahme der Kinder erster Ehe in die Gütergemeinschaft der zweiten Ehe ein ähnliches Ver-

---

32) Bei Blüting Gl. zu I. 16 S. 67 ff., Erbgangsr. Cap. 11, welcher sämmtliche Halbgeschwister, ohne Unterscheidung und aus wie vielen Ehen sie abstamuen mögen, die beweglichen Güter nach Köpfen theilen läßt, liegt die Voraussetzung zum Grunde, daß eine Abtheilung überall nicht Statt gefunden hatte.

33) Esmarch Erbr. § 10. III. 1.

hältniß eintrat, wie bei einer Einkindschaft, womit schon Blüting es vergleicht, Gleichstellung der Kinder aus beiden Ehen in Betreff der demnächstigen Theilung des Gemeingutes. Aber auch nur in Betreff dieser Wirkung und der Veranlassung kann es damit verglichen werden, da übrigens die wesentliche und in mancher Beziehung wichtige Verschiedenheit Statt fand, daß in jenem Falle ein Gemeinschaftsverhältniß eintrat, wogegen durch die Einkindschaft ein Erbrecht begründet wird. Zwar ward mitunter bei Eingehung der zweiten Ehe das Güterverhältniß jener Vorkinder in einem Ehevertrage festgesetzt und genauer bestimmt [34]), doch war dies wohl seltener der Fall und jene waren daher gewöhnlich allen mit jenem Verhältnisse verbundenen Zufälligkeiten, Ungewißheiten und Zweifeln unterworfen. Nachdem aber die Abtheilung der Kinder erster Ehe mit ihrem mütterlichen oder väterlichen Erbe vor der Wiederverheirathung allgemein gesetzlich vorgeschrieben ist, kann dieselbe, abgesehen von dem Falle des völligen Unvermögens, nur in Folge einer vor Eingehung der Ehe errichteten förmlichen Einkindschaftsacte unterbleiben. Der Zweck der Einkindschaft [35]) nämlich ist gerade die Vermeidung jener Abtheilung und der mit derselben verbundenen Nachtheile, und es geschieht dieses dadurch, daß der zweite Ehegatte seinen Stiefkindern (Vorkinder) ein Erbrecht ertheilt, als wären sie seine eigenen Kinder, und sie mithin den etwanigen Kindern aus der jetzt einzugehenden Ehe (Nachkinder) in dieser Beziehung gleichstellt, wogegen die Stiefkinder auf die ihnen durch den Tod ihres verstorbenen parens angefallenen Vermögenstheile verzichten und diese in die Gütergemeinschaft der zweiten Ehe übergehen lassen. Daß dieses Erbrecht der Stiefkinder die einzige wesentliche und aus der Natur der Einkindschaft hervorgehende Wirkung ist und daß dieselbe daher als ein Erbvertrag angesehen werden muß, ist hier stets

---

[34]) M. Schrift S. 99 Nr. 97, S. 202 Nr. 9.

[35]) Vergl. Hillebrand in Zeitschr. f. D. Rechtsw. X. 420 ff. Gerber D. Priv. R. § 262. Baumeister Hamb. Priv. R. § 88.

angenommen worden [36]). Schon aus diesem Grunde war früher die königliche Bestätigung, wie bei anderen Erbverträgen, erforderlich [37]); wenn aber gleich dieser allgemeine Grund durch die Verordnung vom 4ten Februar 1854 weggefallen ist, so muß doch auch jene Bestätigung als zur Gültigkeit der Einkindschaft nothwendig angesehen werden, weil bei derselben zugleich eine Dispensation von der gesetzlich vorgeschriebenen Abtheilung der Vorkinder beabsichtigt wird. Eben deshalb aber und wegen des darin enthaltenen Verzichts auf das den Kindern bereits angefallene väterliche oder mütterliche Erbe ist auch immer die Zustimmung der Vormünder der unmündigen Kinder und der obervormundschaftlichen Behörde erforderlich, wobei wegen der immer stattfindenden Ungewißheiten und Zufälligkeiten die in Betracht kommenden Verhältnisse, sowohl in Betreff des beiderseitigen Vermögens als auch der Persönlichkeit der Ehegatten, genau und sorgfältig zu erwägen sind. Nach dem angegebenen Zweck und Wesen der Einkindschaft wird durch dieselbe weder das persönliche Verhältniß der Vorkinder zu dem Stiefvater oder der Stiefmutter verändert, noch ein Erbrecht dieser nach den Stiefkindern begründet. In Betreff des persönlichen Verhältnisses kann zwar mit der Einkindschaft eine Adoption in Verbindung gesetzt werden, ein Erbrecht aber dem Stiefvater oder der Stiefmutter nach den unmündigen Kindern einzuräumen steht den Vormündern überall nicht zu. Auch betrifft der Verzicht der Kinder nur ihr in der bisherigen Gemeinschaft befindliches mütterliches oder väterliches Erbe, das ihnen sonst etwa zufallende Vermögen bleibt davon unberührt und wird nach den gewöhnlichen Regeln vormundschaftlich verwaltet. Das ihnen durch die Einkindschaft zugesicherte Erbrecht aber kann, als ein vertragsmäßiges, ihnen nicht durch eine letztwillige Disposition entzogen oder geschmälert werden.

---

36) Esmarch Erbr. 32 Anm. 5.

37) Kanzleischr. vom 8ten April 1834. Krieger S. 181

§ 50.

Mündige Stiefkinder.

Die aus der Unmündigkeit der Vorkinder hervorgehenden Beschränkungen fallen natürlich bei mündigen Stiefkindern weg und bei diesen treten die allgemeinen Regeln für Erbverträge ein. Zweifelhaft aber kann es sein, wie es in dem Falle zu verhalten sei, wenn ein Wittwer oder eine Wittwe zur Zeit der Eingehung der zweiten Ehe mündige Kinder erster Ehe hat und diese nicht in Betreff ihres mütterlichen oder väterlichen Erbes abgefunden, auch keine ausdrückliche Bestimmungen über das eintretende Güterverhältniß getroffen werden. Nach J. L. I. 20 trat in einem solchen Falle die eheliche Gütergemeinschaft überall nicht ein, sondern bei der demnächstigen Theilung nahm der zweite Ehegatte nur das von ihm Eingebrachte heraus. Nach der späteren Praxis aber trat eine stillschweigende Gütergemeinschaft zwischen den beiden Ehegatten und jenen Stiefkindern ein, so daß jedem ein Kopftheil gebührte und die Bestimmung jenes Cap. 20 kam hiernach nur zur Anwendung, wenn es ausdrücklich vereinbart war, daß keine Gütergemeinschaft eintreten solle. In Beziehung auf das heutige Recht ist nun zunächst Folgendes zu erwägen. Der Verordnung vom 20sten Juni 1716, daß Eltern, welche sich wieder verheirathen wollen, vorher mit ihren Kindern Richtigkeit treffen müssen, so wie den sich darauf beziehenden Vorschriften der Vormünderverordnung vom 19ten März 1742 § 1, 3, 6, 7 liegt nur die Fürsorge für die Unmündigen zum Grunde und auch jetzt ist es nur für den Fall des Vorhandenseins unmündiger Kinder absolut vorgeschrieben, daß eine Abfindung derselben wegen ihres väterlichen oder mütterlichen Erbes vor Eingehung der zweiten Ehe Statt gefunden haben muß. Den mündigen Kindern dagegen ist es überlassen, die ihnen zustehenden Gerechtsame selbst wahrzunehmen, sich deshalb mit Vater oder Mutter zu vereinbaren, auf eine vor der Wiederverheirathung vorzunehmende Abfindung zu verzichten oder sich ihre desfälligen Ansprüche vorzubehalten 2c., und ein officielles Einschreiten ist

nicht statthaft. Indessen wird, wenn gleich in Betreff der von den Predigern vor der Trauung zu verlangenden Bescheinigungen im § 7 der Vormünderverordnung nur von einem Atteslate der Obrigkeit und ebenso im § 14 der Verordnung vom 28sten November 1800 nur von der vor der Obrigkeit zu treffenden Richtigkeit die Rede ist und mithin auch diese Vorschriften ihrem Wortlaute nach nur die unmündigen Kinder betreffen, doch, auch wenn nur mündige Kinder vorhanden sind, eine Bescheinigung derselben erforderlich sein, deren Inhalt denn freilich darauf beschränkt werden kann, daß ihrerseits der Trauung nichts im Wege stehe. Um so seltener aber wird gewiß der Fall eintreten, daß vor der Wiederverheirathung über das den mündigen Kindern zukommende väterliche oder mütterliche Erbe überall keine Bestimmungen getroffen werden und, wenn der Betrag desselben nicht jetzt festgesetzt, wenigstens nicht die Art der demnächstigen Ermittelung dieses Betrages oder das in Betreff dieser Kinder eintretende Güterverhältniß normirt wird. Wenn aber ein solcher Fall eintreten sollte, so würde wohl eine solche vertragsmäßige Gütergemeinschaft, wie sie mit Stiefkindern nach Jütschem Lov ausdrücklich und nach der späteren Praxis stillschweigend gestiftet werden konnte, anzunehmen sein, indem kein abänderndes Gesetz vorhanden ist und auch ein derogirendes Gewohnheitsrecht oder eine entgegenstehende Praxis für solche Fälle sich nicht wird nachweisen lassen [38]). Gegenstand dieser Gemeinschaft wäre dann das bisher ungetheilte aus der ersten Ehe herrührende Gemeingut, wie es sich jetzt befindet, jedoch bei dem Wittwer mit Ausschluß des Kauflandes, und das von dem zweiten Ehegatten eingebrachte bewegliche Vermögen, so wie Alles, was später für und durch dieses jetzige Gemeingut erworben wird. Bei der Auftheilung der Gemeinschaft erhält jedes Mitglied einen Kopftheil, jedoch auch hier unter Berücksichtigung des Geschlechts, und es kommt ganz die Blütingsche Theorie zur Anwendung, so daß bei unbeerbter Ehe nach dem Tode des zweiten Ehegatten dessen Kopftheil an

---

38) Krieger S. 114.

seine Erben fällt, nach dem Tode des zum zweiten Male verheiratheten Ehegatten das Gemeingut nach Kopftheilen zwischen dem nachlebenden und den Stiefkindern getheilt wird, bei beerbter Ehe aber der nachlebende Ehegatte stets mit allen Kindern nach Köpfen theilt [39]). Dabei ist in Betreff des Kauflandes die allgemeine Regel zu berücksichtigen, daß dieses, soweit es nicht der Ehefrau oder ihren Erben zufällt, als väterliches Erbland behandelt wird, der Vater daher es im Verhältniß zu allen seinen Kindern behält und nach seinem Tode es unter alle seine Kinder vertheilt wird [40]).

---

[39]) s. o. bei Anm. 19 und 22.

[40]) J. L. I. 6 § 7-9.

Neunter Abschnitt.

Testamente.

§ 51.

Geschichtliche Einleitung.

Wenn gleich eigentliche Testamente dem Jütschen Lov und überhaupt dem Schleswigschen Rechte lange fremd geblieben sind [1], so gestattete doch das Jütsche Lov ausdrücklich mit gewissen Beschränkungen Verfügungen auf den Todesfall als Seelengaben und zwar nicht allein an Kirchen, Klöster und zu anderen geistlichen Zwecken, sondern auch zum Besten Anderer. Es bestimmt nämlich an zwei Stellen, eine Ehefrau dürfe, wenn sie Kinder mit ihrem Ehemanne habe, nicht mehr an Seelengaben weggeben, als wozu er seine Einwilligung ertheile, habe sie dagegen keine Kinder mit ihm, dann möge sie ihr halbes „Hovedlod" weggeben [2]; im letzteren Falle bedurfte sie danach auch nicht der Einwilligung des Mannes, wie aus dem Gegensatze in beiden Stellen deutlich hervorgeht [3]. Von dem gleichen Rechte des Mannes ist dort nicht ausdrück-

---

[1]) Blüting Gl. zu III. 45, Erbgangsr. Cap. 36 (Anh.). Schrader Handb. § 29. Ancher saml. Skr. II. 401 ff. Rosenvinge Retshist. § 129.

[2]) I. 39 § 1 Husfrø thær bondæ havær ok barn, ma æi givæ at sialægift mer æn bondæ givær ia with. § 3. Æn havær hun æi børn with hanum, tha ma hun halft givæ hovæthlot for hennæ sial. III. 45.

[3]) Rosenvinge a. a. O. Anm. i; gamle Domme III. 286 Anm. 1.

lich die Rede, es wird aber in III. 45 und besonders dem folgenden Capitel offenbar vorausgesetzt und ist an sich unzweifelhaft. In dem Schonischen Gesetze II. 10 dagegen wird jenes Rechts der Frau nicht erwähnt, aber wohl der Befugniß des Mannes, sein halbes „Hovedlod" an ein Kloster oder, an wen er sonst wolle, zu vergeben und dieses im Cap. 12 dahin näher bestimmt, habe der Mann andere Erben, als seine Kinder, so sei alles, was er besitze, sowohl an beweglichem Gute als an Land, sein Hovedlod, habe er ein Kind, die Hälfte von Allem, habe er mehrere Kinder, ein Kopftheil [4]). Es scheint hiernach die Einwilligung der Erben, selbst in Betreff des Landes, hierzu überall nicht erforderlich gewesen zu sein [5]). In Erichs Seeländischem Gesetze I. 32 wird ausdrücklich sowohl dem Manne als der Frau das Recht eingeräumt, ihr halbes Hovedlod auf den Todesfall zu vergeben, und es scheint daher, daß in dieser Beziehung überall im Reiche dieselben Regeln galten, welche sich auch noch fast unverändert in Chr. V. Dän. Ges. 5—4—14 bis 19 finden.

Aus Obigem ergiebt sich schon, daß das güterrechtliche Verhältniß des Jütschen Lovs an sich der rechtlichen Möglichkeit letztwilliger Dispositionen der Ehegatten und jedes einzelnen derselben auch über das Gemeingut nicht entgegensteht, und die spätere Gesetzgebung und Praxis hat ihre Berechtigung dazu auch stets anerkannt mit den Beschränkungen, welche theils allgemein dabei gelten, theils aus dem Verhältnisse der Ehegatten insbesondere entspringen. Auch hieraus geht hervor, daß wenigstens hier weder die Theorie des Gesammteigenthums, noch der juristischen Person, noch des alleinigen Eigenthums des Mannes dem ehelichen Güterrechte untergelegt werden kann, indem bei diesen Theorien die Errichtung letztwilliger

---

[4]) And. Sunesen cap. 15. Sivero propter gravis morbi periculum de rebus suis disponere urgeatur, medietatem tantum portionis ipsum contingentis conferendi habet monasteriis sive extraneis, quibus voluerit, facultatem.

[5]) Rosenvinge Retshist. I. 266 Anm. g, gamle Domme II. 38 ff. Anm. 3.

Verfügungen nach der ersteren jedem Ehegatten entweder über das ganze Vermögen oder gar nicht zustehen müßte, nach der zweiten überall nicht Statt finden und bei der dritten wenigstens der Frau nicht zustehen könnte. Denn es ist schon früher bemerkt, daß in dem letzten Falle man auch durch die Annahme eines eventuellen Rechts der Frau nicht weiter kommt, da ein solches Recht, wenn die Frau zuerst stirbt, überall nicht zur Wirklichkeit kommen würde [6]).

§ 52.

Einseitige Testamente: 1) über das Sondergut.

Ueber sein Sondergut kann jeder Ehegatte frei verfügen, wie jeder Andere über sein Vermögen, sowohl zu Gunsten des Ehegatten als Anderer, die Frau jedoch mit Zuziehung des Ehemannes oder, wenn zu seinen Gunsten verfügt wird, eines anderen Curators. Dabei treten natürlich die allgemeinen Beschränkungen ein sowohl in Betreff des Pflichttheils, als der bei gewissen Gütern geltenden Regeln, wie namentlich bei Festegütern, bei welchen die gesetzliche Erbfolge durch keine testamentarische Disposition verändert werden kann, ausgenommen daß es dem Festebesitzer, welcher keine Leibeserben hinterläßt, gestattet ist, die Festestelle durch eine solche, mit vorgängiger Zustimmung des Oberbeamten, so wie unter Vorbehalt der Allerhöchsten Bestätigung errichtete Disposition seinem überlebenden Ehegatten zuzuwenden [7]), so daß, wenn Kinder vorhanden sind, auch der lebenslängliche Nießbrauch dem überlebenden Ehegatten nicht vermacht werden kann, indem, abgesehen von jener Ausnahme, die in der Verordnung vom 15ten Juli 1746 § 6 enthaltene Vorschrift unverändert besteht. Die Frage, ob die Frau befugt sei, dem Ehemanne den ihm

---

6) Vgl. Hasse Revision § 49; Dunker Gesammteig. S. 229 ff. Runde ehel. Güterr. § 173. Baumeister Hamb. Privatr. II. 342 ff.

7) Verordn. 4de Febr. 1854 § 3.

gebührenden Kindestheil an ihrem Sondergute durch letztwillige Disposition zu entziehen, stellt Esmarch[8]) als zweifelhaft auf und meint, daß ihr diese Befugniß nicht abzusprechen sei, weil jener Antheil des Mannes auf einem wirklichen Erbrechte beruhe und jedes Intestaterbrecht, insofern der Erbe nicht zugleich Notherbe sei, durch ein Testament aufgehoben werden könne. Da indessen dieses Erbrecht des Mannes, als mit dem ehelichen Güterrechte zusammenhängend, keineswegs auf gleicher Stufe mit einem gewöhnlichen Intestaterbrechte steht[9]), so ist die allgemein angenommene Regel, daß die statutarische Portion eines Ehegatten nicht durch letztwillige Verfügung entzogen oder geschmälert werden kann, auch hier anzuwenden[10]). Von einer Verletzung jenes Rechts des Ehemannes durch Rechtsgeschäfte unter Lebenden[11]) kann hier schon deshalb nicht die Rede sein, weil die Ehefrau überhaupt solche Geschäfte nicht ohne Einwilligung des Mannes abschließen kann. — Viel bestritten war früher die Frage, inwiefern und auf welche Weise die dem Ehegatten zukommende statutarische Portion bei Berechnung des Pflichttheils der Kinder zu berücksichtigen sei, indem Einige dieselbe ganz unberücksichtigt lassen und den Pflichttheil von dem ganzen Nachlasse berechnen, Andere dagegen die statutarische Portion erst abziehen und den Pflichttheil von dem Uebrigbleibenden berechnen wollten. Die erste Meinung ist nun freilich auf keinen Fall richtig, da der Pflichttheil immer ein Theil der Intestatportion ist und diese auch durch die Concurrenz des Vaters verkleinert wird, der Pflichttheil daher von dem ganzen Nachlaß, ohne Berücksichtigung der statutarischen Portion, berechnet, immer zu groß sein würde. Die zweite Theorie ist die gewöhnlich angenommene[12]) und

---

8) Erbr. S. 111.

9) Falks Arch. II. 540.

10) Paulsen Lehrb. § 201. Falk IV. 448. Krieger S. 118, 163. S. H. Anz. 1845 S. 247. Runde S. 375 ff.

11) Falks Samml. v. Abh. aus d. Anz. IV. 174 ff., 556.

12) Paulsen a. a. O. S. H. Anz. 1840 S. 89 ff., 1851 S. 251 ff. Runde S. 377.

sie führt auch regelmäßig zu demselben Resultate, als wenn man den Vater sowohl zur Ermittelung der Intestatportion der Kinder, als auch zu dem Zwecke mitrechnet, um zu bestimmen, ob der Pflichttheil ⅓ oder ½ derselben ist, aber wenigstens dann nicht, wenn der Vater mit vier Kindern concurrirt, da in diesem Falle, wenn man ihn nicht mitrechnet, der Pflichttheil der dritte Theil, sonst die Hälfte der Intestatportion ist. Nach dem strengen Wortverstande des § 1 der Verordnung vom 4ten Februar 1854 müßte nun freilich jene erste Berechnung angewandt werden, da dort der Pflichttheil als die Hälfte von dem freien Eigenthum des Erblassers, wenn 5 oder mehrere, und als der dritte Theil, wenn weniger als 5 pflichttheilsberechtigte Erben vorhanden sind, angegeben wird und danach mithin nur die Zahl solcher Erben dabei in Betracht kommen und der Pflichttheil nicht von der Intestatportion, sondern von dem ganzen Nachlasse zu berechnen sein würde. Es läßt sich indessen nicht annehmen, daß dieses beabsichtigt worden ist, vielmehr ist wahrscheinlich an den ungewöhnlichen Fall, daß mit den pflichttheilsberechtigten Erben andere concurriren, nur nicht gedacht worden, um so mehr, als nach den Worten des Gesetzes auch der Pflichttheil der Mutter, so oft sie mit mehr als zwei Geschwistern concurrirt, sogar mehr betragen würde als ihre ganze Intestatportion gewesen wäre, indem derselbe stets zu dem dritten Theile des ganzen Nachlasses zu bestimmen wäre. Da nun eine solche Veränderung der früher entschieden geltenden Praxis, daß der Pflichttheil ein Theil der Intestatportion und daher nach der Zahl der Intestaterben zu berechnen sei [13]), wohl nicht in der Absicht des Gesetzgebers gelegen haben kann, so wird man wohl berechtigt sein, auch jetzt in dem nicht ausdrücklich genannten Falle, da mit pflichttheilsberechtigten Erben andere Intestaterben concurriren, den Pflichttheil in Uebereinstimmung mit jener Praxis zu berechnen [14]).

---

[13]) Esmarch Erbr. S. 107 ff.; bürg. R. S. 308.

[14]) Krieger S. 118.

§ 53.

2) Ueber das Gemeingut.

Auch das Recht jedes Ehegatten, in Beziehung auf das Gemeinvermögen letztwillige Verfügungen zu treffen, ist nach der Gesetzgebung und Praxis außer allem Zweifel. Bei der Bestimmung des Umfangs jenes Rechts aber entstehen nicht geringe Ungewißheiten und Schwierigkeiten aus der verschiedenen Theilungsnorm bei beerbter und unbeerbter Ehe, so wie bei ersterer aus der verschiedenen Größe der Theile nach der Zahl der Kinder und je nachdem der Mann oder die Frau zuerst stirbt. Denn eben so wenig als man das erst nach dem Tode des Ehegatten eintretende Recht seiner Erben als ein schon jenem zustehendes eventuelles Recht ansehen und daraus weitere Folgerungen ziehen kann [15], eben so wenig läßt es sich so betrachten, als habe der zuerst versterbende Ehegatte den Theil des Gemeingutes, welcher bei seinem Tode an seine Erben fällt, schon bei seinen Lebzeiten als ideellen Theil gehabt [16]. Unzweifelhaft ist es allerdings, daß die bei dem Tode des einen Ehegatten den Kindern oder sonstigen Erben zufallenden Antheile als Erbschaft nach jenem zuerst verstorbenen Ehegatten anzusehen sind [17]; sie werden daher insofern als der Nachlaß desselben betrachtet, keineswegs aber kann es so aufgefaßt oder daraus gefolgert werden, daß ihm auch schon in irgend einem Augenblicke seines Lebens ein solcher ideeller Theil des Gemeingutes gehört hätte. Vielmehr finden während der Ehe und so lange mit ihr die Gütergemeinschaft besteht, überhaupt keine Theile, weder reelle noch ideelle, Statt, sondern das Recht jedes Ehegatten an dem Gemeingute ist und bleibt ein seinem Umfange nach unbestimmtes und erst bei der durch den Tod des einen erfolgten Auflösung der

---

[15]) Dunker S. 231, dagegen Baumeister II. 343 Anm. 5.

[16]) Runde S. 163, 371; s. dagegen in der Einl.

[17]) I. L. I. 7, 12; Vorm. Verordn. § 1, 3, 4; Resolution vom 9. März 1754; Rescr. vom 20sten Febr. 1764; s. Einl.

ehelichen Gütergemeinschaft tritt eine Zerlegung des Vermögens zunächst in ideelle Theile ein. Jenes seinem Umfange nach unbestimmte Recht ist der Gegenstand der letztwilligen Verfügung, wie denn überhaupt bei dieser es nicht erforderlich ist, daß der Umfang des Vermögens feststeht und nicht etwa erst durch zukünftige Umstände bestimmt wird, und das Recht zu einer solchen Verfügung nicht durch den Umfang des Gegenstandes bedingt ist [18]). Dasjenige nun aber, was gesetzlich als Nachlaß des Ehegatten angesehen wird, muß dem Erfolge nach auch als der Gegenstand der letztwilligen Verfügung angesehen werden, mit den Beschränkungen, welche aus den Rechten bestimmter Personen hervorgehen. Es kann daher im Allgemeinen der Ehegatte letztwillig bestimmen, wie es mit demjenigen Theile des Gemeingutes verhalten werden soll, welcher nach seinem Ableben, möge er nun vor oder nach dem anderen Ehegatten sterben, seinen Erben gesetzlich zufallen würde. Da das Testament erst mit dem Tode des Testators in Kraft und Wirksamkeit tritt, so kommen in Beziehung auf den Gegenstand der Verfügung und deren Umfang die Verhältnisse zur Todeszeit allein in Betracht und es ist in dieser Beziehung gleichgültig, wann das Testament errichtet ist und wie es gewesen wäre, wenn der Testator gleich damals gestorben wäre. Beschränkungen aber treten hier ein theils durch Pflichttheilsrechte, theils durch die Rechte des anderen Ehegatten, welche, da sie nicht als aus einem Erbrechte, sondern aus dem güterrechtlichen Verhältnisse hervorgehend anzusehen sind, ihm nicht entzogen oder geschmälert werden können. Wie es sich daher von selbst versteht, daß der eine Ehegatte nicht letztwillig über den dem anderen als längstlebenden verbleibenden Antheil an dem Gesammtvermögen ganz oder theilweise verfügen kann, die Frau daher bei beerbter Ehe auch nicht über das Kaufland, so kann auch weder der eine Ehegatte dem nachlebenden das Recht auf die fortgesetzte Gütergemeinschaft, noch die Frau

---

[18]) Insofern ist der Einwand bei Baumeister II. 343 nicht zutreffend.

dem Manne das Recht zur väterlichen Aussage entziehen [19]). Es sind dieses Befugnisse, welche nicht auf einem Erbrechte nach dem zuerst verstorbenen Ehegatten, sondern auf dem gesetzlich bestimmten Verhältnisse zu den Kindern beruhen und nicht der einseitigen Willkühr jenes Ehegatten unterworfen sind. Deshalb ist der Einwand, daß mit demselben Grunde „überhaupt jede die Intestatsuccession verändernde Verfügung des beerbten Ehegatten ausgeschlossen werden würde“ [20]), hier nicht zutreffend, da jene Befugnisse überall nicht Folge einer gesetzlichen Erbfolge, sondern Rechte an dem Vermögen der Kinder sind. Dadurch kann auf das den Kindern angefallene väterliche oder mütterliche Erbe allerdings ein den Umfang desselben modificirender Einfluß ausgeübt werden, indem namentlich durch die väterliche Aussage die den Kindern bis dahin zustehenden ideellen Antheile erst reell bestimmt werden. — Das Testament des längstlebenden Ehegatten dagegen, er mag es nun schon bei Lebzeiten des anderen oder erst nach dessen Tode errichten, kann sich nur auf den ihm nach dem Tode des anderen Ehegatten verbleibenden Theil des Gesammtvermögens erstrecken, mithin bei unbeerbter Ehe auf die Hälfte, bei beerbter auf einen Kopftheil oder besten Kindestheil, das Testament des Mannes aber außerdem auf das ganze Kaufland [21]). In Betreff des Pflichttheils kommen dabei die gewöhnlichen Regeln zur Anwendung, ohne Unterschied ob zu Gunsten des Ehegatten oder anderer Personen verfügt wird. Es kann daher auch jenem der Nießbrauch an den den Kindern zufallenden Erbtheilen nur insoweit, als der Pflichttheil nicht dadurch betroffen wird, über die Zeit der Mündigkeit hinaus vermacht werden [22]).

---

[19]) Esmarch Erbr. 112 ff.; Krieger S. 163. A. M. Falk V. 13, 24, aber ohne Gründe.

[20]) Baumeister II. 135.

[21]) Esmarch Erbr. S. 114.

[22]) Verordn. 24. Oct. 1837 § 4.

§ 54.

Gegenseitige Testamente.

Bei weitem häufiger als einseitige Testamente eines Ehegatten sind gemeinschaftliche und gegenseitige beider, und in den Gesetzen werden diese vorzugsweise genannt [23]. Bei einem solchen Testamente muß man im Allgemeinen davon ausgehen, daß dasselbe seinem Wesen nach eigentlich zwei, ihrem Gegenstande nach getrennte, nur äußerlich verbundene letztwillige Verfügungen enthält. Es ist schon mehrfach bemerkt, daß die bei dem Tode eines Ehegatten den Kindern oder sonstigen Erben zufallenden Antheile als Erbschaft nach jenem zuerst versterbenden Ehegatten, mithin als dessen Nachlaß angesehen werden; ebenso wird auch in Beziehung auf den längstlebenden Ehegatten derjenige Theil des Gesammtvermögens, welcher demselben zufolge der Gütergemeinschaft verbleibt und auf welchen er mithin schon bisher für den eingetretenen Fall ein eventuelles Recht hatte, ausdrücklich Demjenigen entgegengesetzt, was derselbe zufolge letztwilliger Verfügung des erstverstorbenen Ehegatten aus dessen Nachlaß erhält [24]. Dieser eventuelle Nachlaß ist dasjenige, worüber jeder der beiden Ehegatten letztwillig verfügt, wobei es, wie bereits früher bemerkt, ohne Bedeutung ist, daß demselben während der Ehe kein ideell bestimmter Antheil des Gesammtvermögens gehört, sondern der Gegenstand seiner Verfügung seinem Umfange nach erst in dem Augenblicke, da diese in Wirksamkeit tritt, bestimmt wird. Auch darin zeigt sich die Duplicität eines solchen gemeinschaftlichen Testaments, daß im Allgemeinen kein Accrescenzrecht zwischen den beiderseitigen Verwandten Statt findet, son-

---

[23]) Verordn. 13ten Juni 1729; Verordn. 17ten Juli 1746 § 3; Verf. 23sten Juni 1786; Pat. 24sten April 1811. Vergl. Esmarch Erbr. § 23, 4. Krieger § 57. Deiters in Zeitschr. f. D. R. II. H. 2 S. 115 ff. Sinteins Civilr. III. § 178. Zimmermann in Arch. f. prakt. Rechtsw. I. 19. Baumeister II. § 122.

[24]) Kanzleischr. 10ten Jan. 1835; Bekanntm. 13ten Oct. 1842.

dern in Ermangelung von Erben auf einer Seite der Fiscus eintritt [25]). Jeder der beiden Disponenten ist auch in Beziehung auf seinen eventuellen Nachlaß durch die Rechte seiner pflichttheilsberechtigten Erben beschränkt. Auch enthält ein solches Testament nicht blos Bestimmungen über das Gemeingut, sondern auch über das Sondergut der einzelnen Ehegatten, insofern solches vorhanden ist. Es kann daher auch die von dem einen getroffene Verfügung angefochten oder abgeändert werden, ohne daß dadurch nothwendig und allgemein auch die Verfügung des anderen berührt wird. Sowohl in dieser Beziehung aber, als überhaupt können die beiden Verfügungen ihrem Inhalte nach in einem mehr oder weniger genauen Zusammenhange mit einander stehen, gegenseitig sich bedingen und ihr fortwährendes Bestehen voraussetzen, welches in den einzelnen Fällen nach den factischen Umständen und nach der ganzen Fassung des Testaments sowohl in dessen einzelnen Bestimmungen, als dem Zusammenhange derselben zu beurtheilen ist. Es kommt in dieser Beziehung vornämlich darauf an, ob jeder Ehegatte nur für den Fall seines früheren Todes oder auch zugleich für den Fall, daß er der Längstlebende sein werde, verfügt hat und in diesem Falle insbesondere, inwiefern die gegenseitige Absicht, sich in Betreff des Widerrufs einer solchen Verfügung zu beschränken, angenommen werden kann. Als Regel aber muß man nach dem Wesen des Testaments den Satz aufstellen, daß Niemand über einen fremden Nachlaß, so lange nicht dieser in sein Vermögen übergegangen ist, dagegen frei über sein eigenes Vermögen, insofern nicht bestimmte Beschränkungen nachgewiesen werden können, letztwillig zu verfügen berechtigt ist.

Haben die Ehegatten lediglich sich gegenseitig zu Erben eingesetzt und für den Todesfall des Längstlebenden entweder überall nichts bestimmt oder doch nur für den Fall, daß dieser nicht eine anderweitige Bestimmung treffen werde, verfügt, so erledigt sich die Sache von selbst, indem mit dem Tode des

---

25) S. H. Anz. 1837 S. 33.

einen Ehegatten der Nachlebende dessen Erbe wird und freie Disposition über das ganze Vermögen erhält. Den Intestaterben des zuerst Verstorbenen steht in diesem Falle überhaupt gar kein Recht zu, indem nach dem Tode des Längstlebenden entweder dessen Erben eintreten oder, im zweiten Falle, wenn der Längstlebende keine Bestimmung getroffen hat, die für diesen Fall eventuell Berufenen und zwar theils als von dem zuerst Verstorbenen gerufene Fideicommissare, theils als Testamentserben des Längstlebenden [26]. Weit häufiger dagegen ist der Fall, daß der Längstlebende nicht zum Erben eingesetzt, sondern ihm nur der lebenslängliche Nießbrauch des Gemeinvermögens zugesichert wird, welches schon in älterer Zeit, ehe Testamente gebräuchlich waren, durch Vertrag (Bebrevelse [27]) häufig geschah. Ist dann nichts darüber bestimmt, wie es nach dem Tode des Längstlebenden verhalten werden solle, so kann dieser über Dasjenige, was als Nachlaß des zuerst Verstorbenen anzusehen ist, nicht verfügen, insofern ihm solches nicht ausdrücklich eingeräumt ist, wohl aber über seinen eigenen; widrigenfalls aber treten die beiderseitigen Intestaterben ein und dasselbe ist auch dann der Fall, wenn letzteres ausdrücklich für den Todesfall des Längstlebenden festgesetzt ist [28]. In solchen Fällen fällt der Nachlaß des zuerst Verstorbenen den zur Zeit seines Todes vorhandenen nächsten Intestaterben sofort an, indem nur der Nießbrauch ihnen für die Lebenszeit des Längstlebenden entzogen ist, wodurch ihr Erbrecht nicht bedingt wird, und es wird daher dieses von ihnen bereits erworbene Recht, wenn sie mittlerweile mit Tode abgehen, auf ihre Erben weiter übertragen [29]. Wenn dagegen dem Längstlebenden ausdrücklich die Befugniß zur letztwilligen Disposition auch über den Nachlaß

---

[26] S. H. Anz. 1841 S. 77 ff., 255; 1843 S. 307.

[27] M. Schr. S. 34 und Anm. 67.

[28] Esmarch § 23 Anm. 4. S. H. Anz. 1839 S. 97 ff., 1848 S. 301 ff. Jur. Wochenschr. 1856 S. 222 ff.

[29] Verf. 23sten Juni 1786; der Bericht von 1782 bei Esmarch a. a. O. Anz. a. a. O.

des zuerst Verstorbenen eingeräumt ist, so ist dadurch das Erbrecht der Intestaterben des letzteren bedingt und es findet daher ein Anfall erst Statt, wenn mit dem Tode des ersteren sich entscheidet, ob die Bedingung eingetreten ist oder nicht [30]. In manchen Fällen aber kann es zweifelhaft sein, ob es die Absicht der Disponenten gewesen ist, daß der Längstlebende wirklich Erbe des zuerst Verstorbenen werden oder nur den lebenslänglichen Nießbrauch haben solle, sowie inwiefern er zu einer letztwilligen Verfügung auch über den Nachlaß des zuerst Verstorbenen berechtigt oder umgekehrt auch in der Verfügung über seinen eigenen Nachlaß beschränkt sei. Zur Entscheidung solcher Zweifel kommt es nun nicht so sehr auf einzelne Ausdrücke an, welche, wie insbesondere der Ausdruck „Erbe", oft in einer weiteren, nicht eigentlich juristischen oder technischen Bedeutung gebraucht werden, noch auch darauf, ob formell die beiden Ehegatten ihre Verfügungen in einem Satze zusammengefaßt (wir, unsere), oder dieselben in verschiedenen Sätzen getrennt hingestellt haben (ich, meine), vielmehr muß hier insbesondere auf den ganzen Zusammenhang und auf die factischen Umstände gesehen werden [31]. Im Allgemeinen aber wird man dabei, wie bereits erwähnt, davon ausgehen müssen, daß, wenn nicht der Längstlebende als wirklicher Erbe angesehen werden kann, eine letztwillige Verfügung über den Nachlaß des Anderen und daher auch eine Abänderung der von diesem getroffenen Bestimmungen ihm nur insoweit zusteht, als sie ihm ausdrücklich eingeräumt worden ist, daß dagegen die Verfügung über seinen eigenen Nachlaß und daher auch eine Abänderung seiner früheren Verfügungen ihm jederzeit freisteht, insofern nicht eine beabsichtigte Beschränkung nachgewiesen werden kann. Auch die Frage, inwiefern eine solche von dem Längstlebenden vorgenommene Abänderung seiner früheren Verfügung oder eine aus anderen Gründen eintretende Ungültigkeit der-

---

[30] S. H. Anz. 1841 S. 253 ff., 1843 S. 304, 306 ff.

[31] Esmarch a. a. O. Anm. 7. S. H. Anz. 1839 S. 99, 1848 S. 127. Holst. Anz. 1856 S. 281 ff.

selben auch die Hinfälligkeit der von dem zuerst Verstorbenen getroffenen Verfügungen zur Folge habe, insofern also jede der beiden Verfügungen durch die andere und deren Fortbestehen bedingt sei, läßt sich nur nach den Umständen und dem ganzen Zusammenhange in jedem einzelnen Falle entscheiden.

Zehnter Abschnitt.

Die Scheidung.

§ 55.

In den vorhergehenden Abschnitten ist der gewöhnliche Fall der Beendigung der Ehe durch den Tod des einen Ehegatten und der dadurch veranlaßten Auflösung der Gütergemeinschaft vorausgesetzt worden. Es ist jetzt noch zu untersuchen, welchen Einfluß die Ehescheidung auf das Güterrecht hat [1]. Mit der Ehescheidung hören von selbst die Wirkungen der Ehe in Betreff der Vermögensverhältnisse der Ehegatten für die Folge auf, mögen dieselben auf Gesetz oder Vertrag beruhen, indem auch der Ehevertrag, dessen wesentliche Voraussetzung die Ehe ist, mit dieser hinfällig wird. Die dem einen Ehegatten gesetzlich oder vertragsmäßig für den Todesfall des anderen zugesicherten Erbrechte, mithin insbesondere das Recht des Mannes auf einen Kindestheil von dem Sondergute der vor ihm verstorbenen Frau, erlöschen daher [2]. In Betreff der Sonderung der Güter der Ehegatten versteht es sich zunächst von selbst, daß jeder sein Sondergut herausnimmt und der Mann das der Frau gehörende ihr ausliefern muß, wobei wegen der ihr zukommenden Entschädigung für etwanige Veräußerungen dieselben Regeln gelten müssen, wie bei der durch den Tod ver-

[1] Vgl. Paulsen Lehrb. § 160. Falk IV. 490 ff. Esmarch bürg. R § 30. Krieger § 19. Runde § 101.

[2] Vergl. S. H. Anz. 1850 S. 37.

anlaßten Aufhebung [3]). Was aber die Theilung des bisherigen Gemeingutes betrifft, so ist es bei unbeerbter Ehe wohl keinem Zweifel unterworfen, daß jedem Ehegatten die Hälfte zukommt [4]), indem die durch die Ehe bewirkte Gütergemeinschaft nicht rückwärts als nicht eingetreten angesehen und das Gemeingut in seine ursprünglichen Bestandtheile aufgelöst werden kann, wobei auch in Betreff des bisherigen etwanigen Gewinns oder Verlustes nicht geringe Zweifel sich erheben würden. Zweifelhafter ist es bei beerbter Ehe, da hier die nach Auflösung der Ehe durch den Tod eintretende Theilung nach Kopftheilen nicht analog angewandt werden kann, auch das dem Wittwer dabei zustehende Recht an dem Kauflande Zweifel erregt und den einzelnen Ehegatten während der Ehe keine bestimmte ideelle Theile am Gemeingute zustehen. Da indessen die Kinder nicht als Theilnehmer an der zwischen ihren Eltern bestehenden Gütergemeinschaft angesehen werden können, das Vorzugsrecht des Wittwers in Betreff des Kauflandes aber ihm nur im Verhältniß zu seinen Kindern zusteht, so wird man zu keinem anderen Resultate gelangen können, als daß das Gemeingut auch bei beerbter Ehe zwischen den geschiedenen Eheleuten grade durch getheilt werden muß. Dabei müssen in Betreff der Schulden die früher angegebenen Regeln zur Anwendung kommen, die auf dem Sondergute haftenden bleiben bei diesem, die gemeinschaftlichen müssen von dem Gemeingute vor der Theilung abgezogen werden. Wenn aber, wie dieses bei gerichtlicher Scheidung regelmäßig der Fall ist [5]), der eine Ehegatte als der allein schuldige erscheint, so frägt es sich, inwiefern diesen hier Vermögensnachtheile treffen. Nach dem Schonischen und Seeländischen Gesetzbuche verlor die im Ehebruche ertappte oder desselben überführte Ehefrau nicht allein allen

3) Sk. L. I. 9, 10; II. 1. And. Sunesen cap. 5.

4) Sk. L. I. 7 skilnes the æller døth æller kuik, skiftis e tho thera imællin ... til halfnæthæ køpæiorth ok bolsæ.

5) S. H. Anz. 1845 S. 248 ff.

Anspruch an das Gemeingut, sondern auch ihr Sondergut[6]), ebenso büßt sie nach dem Schleswiger, Flensburger und Apenrader Stadtrechte ihren Antheil am Vermögen (Hovedlod) ein, jedoch nach den beiden letzteren, im Falle sie auf der That ertappt wird, nicht an den Mann, sondern an die Herrschaft[7]). Das Jütsche Lov enthält überall keine derartige Bestimmung[8]); dagegen behandelt es I. 24 den Fall, da Jemand eine Ehebrecherin heirathet und diese Ehe, welche nach dem canonischen Rechte ungültig war, deshalb wieder aufgehoben ward. Waren bereits Kinder in der Ehe geboren und der Mann hatte wissentlich eine Ehebrecherin geheirathet, dann theilten sie das Gemeingut, ohne Zweifel nach Kopftheilen, so daß solche auch für die Kinder abgelegt wurden[9]) (tha thakæ the bathæ æm mykit i Boskap); wußte er es nicht, dann werden für die Kinder Kopftheile gemacht und sie bleiben bei dem Vater, und, wenn sie sterben, so erbt er allein nach ihnen; ebenso, wenn der Vater Ehebrecher war und die Mutter wußte es nicht, dann bleiben die Kinder bei ihr und sie allein beerbt sie mit den Geschwistern. War aber die Ehe unbeerbt, dann nahm der Schuldige nur heraus, was er eingebracht hatte, aber nie mehr als die Hälfte des Gutes. Es liegt hier offenbar das richtige Princip zum Grunde, daß bei einer solchen ungültigen Ehe der Unschuldige möglichst vor einem Verluste am Vermögen gesichert werden solle. Ob nun jene Bestimmungen nicht wenigstens analog anzuwenden seien, ist als zweifelhaft angesehen[10]). Eine directe Anwendung ist schon

---

[6]) Sk. L. XIII. 9, 10. E. S. L. II. 1 tha ma han hænnæ ut af gartha skiutæ i særkæ ennæ ok mattæl, ok fa æy en pænning af alt thæt thær hun a. W. S. L. I. 3.

[7]) Alt. Schl. Stadtr. 20, neues 34; Flensb. 82; Apenr. 83.

[8]) In Betreff der Tödtung des Ehebrechers stimmt es III. 37 völlig mit Sk. L. XIII. 1, 2 überein.

[9]) Falk IV. 482 Anm. 3.

[10]) Blüting Gl. S. 99. Paulsen a. a. O. Anm. 6. Falk IV. 492 Anm. 28. Esmarch a. a. O. S. 88. S. H. Anz. 1845 a. a. O. Krieger S. 65.

deshalb ausgeschlossen, weil eine solche Ehe jetzt nicht als ungültig aufgehoben wird. Aber auch eine analoge Anwendung von jenem Falle der Aufhebung der Ehe wegen eines aus der Zeit vor der Ehe herrührenden Ehehindernisses auf eine eigentliche Ehescheidung wegen eines während der Ehe begangenen Vergehens hat schon die große Verschiedenheit der factischen Verhältnisse gegen sich. In jenem Falle war die Verheimlichung von Seiten des Schuldigen, durch welche der andere Ehegatte zur Eingehung der Ehe und der Gütergemeinschaft als Folge derselben verleitet worden war, der Grund, welcher eine solche Bestimmung um so mehr als billig erscheinen ließ, als es gar nicht einmal von der Willkühr des unschuldigen Ehegatten abhing, die Ehe fortbestehen zu lassen, welches dagegen bei der Ehescheidungsklage allerdings der Fall ist [11]). Wollte man aber von dieser Verschiedenheit der Fälle, der durch Verheimlichung geschehenen Verleitung zur Eingehung einer verbotenen Ehe und der verschuldeten Ehescheidung, absehen, so würde kein hinreichender Grund sein, dieses auf den Fall des Ehebruchs zu beschränken, sondern dieselbe Analogie würde auf jede von dem einen Ehegatten verschuldete Ehescheidung anwendbar sein, indem nicht das Vergehen an sich, sondern die dadurch gegebene Veranlassung zur Trennung als der eigentliche Grund anzusehen wäre. Eine solche analoge Anwendung einer an sich hinfällig gewordenen gesetzlichen Bestimmung scheint jedoch nicht gerechtfertigt werden zu können und auch mit den bestehenden strafrechtlichen Bestimmungen in Betreff des Ehebruchs nicht vereinbar zu sein. Man wird daher, in Ermangelung desfälliger gesetzlicher Bestimmungen, keine besondere Vermögensnachtheile des schuldigen Ehegatten annehmen können. Doch hat die Praxis aus dem Grunde, daß der unschuldige Ehegatte durch die Scheidung nicht unmittelbar in seinen Vermögensverhältnissen gekränkt werden dürfe, angenommen, daß der Schuldige verpflichtet sei, dem Unschuldigen Alimente zu reichen, wenn dieser deren bedürftig

---

11) Hasse Revision S. 120.

ist [12]). — In Betreff der Kinder wird es so verhalten, wie in dem obigen Falle des Jütschen Lovs, daß der unschuldige Ehegatte berechtigt ist, sie bei sich zu behalten, wobei aber die gesetzliche Alimentationspflicht in Uebereinstimmung mit der Verordnung vom 29sten Decbr. 1841 § 14 unverändert fortdauert. Da nun hiernach Eltern und Kinder, ohne Rücksicht auf die noch bestehende oder bereits aufgehobene väterliche Gewalt, so wie Ascendenten und Descendenten entfernteren Grades, in dem Verhältnisse, wie sie zur gesetzlichen Erbfolge berufen sind, einander zu unterstützen haben und geschiedene Eheleute nach J. L. I. 5 ihre Kinder zu gleichen Theilen beerben, so liegt jene Pflicht beiden auf gleiche Weise ob.

Der Umstand, daß von dem einen oder anderen Ehegatten auf Scheidung geklagt ist, ist für sich allein kein Grund, dem Manne die Verwaltung des Vermögens zu entziehen, sondern es müssen von der Frau besondere ihre Rechte gefährdende Umstände nachgewiesen werden, um arrestatorische Maßregeln gegen ihn bewirken zu können [13]). Da demnach der Ehemann regelmäßig auch während des Scheidungsprocesses in Besitz und Verwaltung des beiderseitigen Vermögens bleibt, so ist er auch verpflichtet, den Umständen nach für den standesmäßigen Unterhalt der Frau zu sorgen und ihr das dazu Erforderliche zu verabreichen [14]).

---

[12]) Paulsen a. a. O. Falk IV. 308, 492. S. H. Anz. 1837 S. 7; 1841 S. 207 ff., 1846 S. 17.

[13]) S. H. Anz. 1841 S. 221 ff.

[14]) S. H. Anz. 1846 S. 20 ff., vergl. 1837 S. 173, 1839 S. 23, 1841 S. 207, 1845 S. 50, 1848 S. 228, 1852 S. 189. Falk IV. 308, 492.

Anhang.

1.

[1]) In Appellations-Sachen Detlef Dorn zu Nordstapel, Klägers und Appellanten eines, gegen und wider seiner Hausfrau nachgelassenen Erben, Beklagte und Appellaten andern Theils, anlangend daß Kläger die Hälfte von den sämmtlichen beweglichen und unbeweglichen Gütern, so er und seine gewesene Hausfrau Horveke zusammengebracht und erworben haben, und daß also dieselbe Güter in 2 gleiche Theile von einander zu setzen vermeint, dessen Beklagte nicht geständig. Erkennen Von Gottes Gnaden Wir Johann Adolph auf beeder Theile vorgebrachte schriftliche und mündliche Nothdurft hiemit für Recht: Nachdem des Klägers seel. Hausfrau keine Kinder von Klägern als ihrem Ehemanne nachgelassen, daß derowegen all Dasjenige, was bemeldte beide Eheleute an liegenden Gründen und also an unbeweglichen Gütern vor der mit einander vollzogenen Ehe eigen gehabt oder sonst von Vater, Mutter, Bruder, Schwester und anderen Freunden in stehender Ehe geerbet, auf die Seite, von welcher es hergekommen, wiederum geerbet und gefallen sein und bleiben soll, was sie aber an beweglichen Gütern und baarem Gelde zusammengebracht, oder an Land, Sand, Haus, Hoff, oder es sei sonst was es wolle, beweg- und unbeweglich in stehender Ehe mit einander er-

---

[1]) Blütings Erbgangsrecht Cap. 19; corp. stat. Slesv. I. 657. Samml. einiger jurist. Abhandl. 1772 S. 11.

worben, desgleichen alle In- und Ausschulden, so gleichfalls in währender Ehe gemacht, dasselbige alles durch beider Partheien Samtfreunden zugleich in 2 Theile nach Landrecht zwischen den überlebenden Ehemann und seiner verstorbenen Hausfrauen nachgelassenen Erben von einander getheilt werden soll, zu welchem Ende die von 12 Bonden in Stapelholm d. 5 Decbr. in dieser Sache eröffnete Urtel wird geändert. Endlich ist dieser gemeine Bescheid, daß nach dieser Verordnung alle künftige Fälle, so sich in Unserm Lande Stapelholm hernach zutragen möchten, verabschiedet und gerichtet werden sollen. Die Expensen unter den Partheien vergleichende. Von Rechtswegen. Urkundlich 2c. Gottorff den 20 September 1606.

2.

[2]) In Appellations Sachen weil. Dit. Bl. hinterlassenen Wittiben Vormündern Johannes V. und Adolph V., Beklagten, wider Heinrich V. in Eckernförde Kläger, respective Appellanten und Appellaten ein und andern Theils, anlangend daß Kläger von Beklagtinnen all ihres Ehewirths Seel. zu ihr eingebrachte unbewegliche Güter, weil sie mit einander unbeerbet, wie nicht weniger diejenigen Immobilien, welche er Dit. V. mit den für sein Vater- und Mütterliches zu Eckernförde verkauftes Erbe entfangenden Geldern in Stapelholm wieder erkauft, in Rechnung oder auch in deren Stätte das pretium oder Werth wiederum fordert, und sonsten alle andere bewegliche Güter, wie die Namen haben möchten, samt der Baarschaft, Kleinodien, Erb- und RenteGeldern, Siegel und Briefen, und in specie das Wohnhaus mit den beistehenden Gebäuden zu Süderstapel, nebenst den in stehender Ehe erworbenen Gütern, in zwei gleiche Theile zu theilen bittet, das Beklagte fürgebrachtermaaßen kein Gestand thun will, Erkennen von Gottes Gnaden Wir Friederich 2c., Herzog zu Schleswig, Holstein 2c., aller der Partheien fürgebrachte Nothdurft nach

---

[2]) Blüting a. a. O.

hiemit für Recht, daß so viel das durch Beklagte ihm Dit. V. zugebrachtes Wohnhaus und anstehende Scheune und Ställe anlangt, selbige als unbeweglich Gut nicht in die Theilung gezogen werden, sondern ihr der Wittiben verbleiben, wie denn imgleichen Kläger diejenigen Immobilien, so er, der verstorbene Ehemann, mit seinen für sein Vater- und Mütterliches zu Eckernförde verkauftes Haus und andere unbewegliche Güter empfangenen Geldern in Stapelholm wieder erkauft zu haben beweisen wird, zum voraus behalten, anlangend aber das durch Beklagte geforderte Bett und Kleid, dafern sie solches zu behalten vermeint, Klägern davor billige Erstattung thun soll, dahin Wir von Kirchspielvögten und 12 Bunden in Stapelholm am 4ten Januar jüngsthin in dieser Sachen abgesprochenes Urtheil respective reformiren, limitiren und bestätigen, wie Wir denn die Anno 1606 am 1 Octbr. (20 Septbr.) alhie gegebene Constitution obgesagtermaaßen declariren und erklären, mit dem Anhange, daß in allen künftigen Fällen vom Unterrichter dieser Declaration erfolget und darnach jederzeit erkannt werden solle, die in dieser Instanz angewandte Unkosten gegen einander vergleichende. Von Rechts wegen. Publicatum auf Unserm Schlosse Gottorff den 1sten December 1621.

3.

[3]) In Sachen Anders A. in Vormundschaft seines Bruders Anders A. des Jüngern nachgelassener Kinder, Klägers an einem, entgegen und wider Johan Adolph L. und dessen Hausfrau Margreth, Beklagte am andern Theil, wegen durch klagenden Vormund gesuchte Immission in der Pupillen väterliche bewegliche und unbewegliche Güter nebenst von Anno 1627 geforderten Abnutzungen und Hebungen einer rechtmäßigen Theilung, Erkennen von Gottes Gnaden Wir Friederich, Erbe zu Norwegen, Herzog zu Schleswig, Holstein, auf angehörte der Parten mündliches Fürbringen, auch Vorbringen

[3]) Das. Cap. 27.

der eingebrachten schriftlichen Nothdurft hiemit für Recht, daß Beklagtin, der von ihr fürgeschützten Haubenbandesgerechtigkeit ungeachtet, vermöge des aufgerichteten und beiderseits beliebten Inventarii zuforderst Alles einbringen und die bewegliche, worunter auch ihr, der Beklagten, Brautschatz und andres, so sie ihrem verstorbenen Ehemanne zugebracht, gehörig, nach Lowbuchrecht getheilet, was aber der Beklagtin in wehrender Ehe angeerbet (es wäre denn daß ihr verstorbener Ehemann auch etwas zugeerbet), dasselbige solches allein zu behalten bemächtiget sein, Beklägtin Sohns Nachlaß betreffend, derselbe zugleich zwischen der Mutter und ihren beiden Töchtern getheilet, wie auch wegen gedachter von 1627 von Beklagten gehobenen Früchten und was derselbe auf die Kinder, imgleichen auf contributiones, Teich, Damm und andere Landes Beschwerungen beweißlich gewandt, durch 12 Samtfreunde oder, da dieselben nicht vorhanden, durch unpartheiliche Leute, so Unser Amtmann auf Tundern auf solcheu Event kraft dieses zu verordnen befehligt wird, die Rechnung zwischen den Parthen richtig nachgelegt und, was alsdann ein Theil dem andern pro resto verbleibet, ihm nachgeschossen und darauf von den Samtfreunden oder auch von Verordneten, wie gedacht, die Theilung richtig zugelegt und also die Parten ganz von einander gesetzt werden sollen. V. R. W. Urkundlich unter Unserm Frl. Cantzelei Secret. auf Unserem Schlosse Gottorff d. 16 Tag Martii Anno 1635.

4.

Aus Blüting's Erbgangsrecht.

A. Cap. 23.

— — — — — —[4])

Hat aber der Vater den Sohn mit seinem mütterlichen oder die Mutter die Tochter mit ihrem väterlichen Erbe abge-

---

[4]) Bis hierher übereinstimmend mit der Glosse zu I. 6 S. 36 ff.

theilt und befreyet sich wieder und zeuget Kinder, so gehöret das abgesonderte Kind nicht mit zu der Gemeinschaft, argum. art. 5, 6, 7 cap. 6, aber respective wohl zu des Vaters oder Mutter Lott und Erbe wann sie mit Tode abgehen, argum. art. 6 cap. 6 lib. 1 Lowbuchs, zum Exempel die Frau stirbt, läßt nach einen einigen Sohn, den theilet oder sondert der Vater mit seinem mütterlichen Erbe nach dem 2 art. cap. 6 von sich ab, nimmt die andere Frau, zeuget mit ihr 2 Söhne und stirbt; der Sohn erster Ehe vermeinet, das halbe Gut oder zum wenigsten ein ganzes Kindestheil aus der Gemeinschaft zu haben. Aber das ist so nicht, sondern die Stiefmutter theilet mit ihren Kindern zum ersten die Gemeinschaft also: Ein Laad oder Hauptlott legt man hin vor dem Vater, das ander nimmt die Frau, das 3te ihr eine Sohn und das vierte ihr ander Sohn, darnach theilen sie alle vier, nemlich die Stiefmutter, das Stiefkind und ihre 2 eigene Kinder ihres respective Mannes und Vaters Lott wiederum in vier Theile nach dem 10 cap. lib. 1 Lowb., dessen dieß ein gut Exempel ist. Denn der Sohn erster Ehe war ein Utarvinge oder dissors und abgetheiltes Kind, hatte kein Hoffvitlaad in der andern Gemeinschaft, auch nicht dahin conferiret oder eingebracht, und er sollte mit den Andern nur den Vater erben, dem nicht die ganze Gemeinschaft gehörete, sondern nur sein Theil oder Hoffvitlaad darin hatte, wie aus dem 97, 99 und 101 cap. lib. 1 Lovbuchs zu sehen.

Dieß Capitel ist sehr wohl zu merken, weil die Unterrichter sich oft daran verirret und verstoßen und den Entscheid ex ratione vel argumento legis nicht erklauben oder folgen können, als zum Exempel die Frau erster Ehe stirbt, läßt nach einen einigen Sohn, der Mann freyet die ander Frau, führet sie in die Gemeinschaft und theilet den Sohn mit seinem mütterlichen Erbe nicht vorher ab und gewinnt mit ihr fünf Kinder, als 3 Söhne und 2 Töchter, darnach fordert der erste Sohn sein mütterlich Erbe, der Rath findet für Recht, daß man die erste und andere Güter zusammenwerfen, beide beweg-

und unbeweglich, und davon der Sohn erster Ehe ein Theil, der Vater den andern Theil und die Frau den dritten Theil haben soll, also kriegt der Sohn von seines Vaters Lande bei dessen Leben einen dritten Theil und von der Stiefmutter ihren stattlichen eingebrachten und zugeerbten Lande einen dritten Theil und von der ganzen Boschaff oder beweglichen Gute auch so viel, und der fünf Kinder wird nicht gedacht. Ein ander Exempel, die Frau erster Ehe läßt nach 2 Söhne, die werden von dem Vater mit ihrem mütterlichen Erbe nicht abgetheilet, sondern er nimmt die ander Frau in die Gemeinschaft, zeuget mit ihr einen Sohn und stirbt, der Richter findet, daß man beide Güter der ersten und andern Ehe soll zusammen thun und setzen 3 Theile, ein Theil vor dem verstorbenen Vater, ein Theil vor den 2 Söhnen erster Ehe und vor die Frau und ihr Kind ein Theil, darnach soll man des Vaters Lott wiederum theilen, davon nimmt die Frau mit ihrem Sohne die Hälfte und die zwei Söhne erster Ehe die ander Hälfte, folgen also aus Unwißenheit des obbeschriebenen Rechten ihren Gutdünkel oder Kopfrecht und sprechen, es sei des Orts Eingewohnheit.

B. Cap. 26.

— — — — — —[5])

Was ist es aber vor ein Recht und soll die Theilung geschehen, wenn der Stiefvater ausdrücklich und auf vorgehende Vergleichung oder auch stillschweigend mit seinen Gütern in die Gemeinschaft genommen und gelegt wird. Zum Exempel die Frau zeuget mit dem ersten Manne 3 Söhne und eine Tochter und freyet darnach den andern, der bringt ihr zu 100 Thlr. Geld, 4 Ochsen, 2 Kühe, 2 Pferde 2c. und fähret damit zu ihr und zu den sondrigen unabgesonderten oder getheilten Kindern in das väterlich Erbe, Staven, Haus und Hoff und all zugehöriges Land, und gewinnt mit der Frau 2 Söhne und eine Tochter, verbessert die Güter wohl, endlich stirbt die

[5]) Bis dahin übereinstimmend mit der Glosse zu I. 20.

Frau und er soll theilen mit den 4 Stiefkindern, beruft sich aber stark darauf, daß er soviel Hab eingebracht, die Güter merklich verbessert und die Mutter und Kinder vorhin wenig gehabt. Aber die Stiefkinder nehmen zum voraus ihr väterlich unbeweglich Erbe nach dem 6 cap. art. 3 lib. 1 Lowbuchs, und weil die Mutter in der ersten und andern Ehe kein eigen Land gehabt oder zugeerbet hat, so ist das Uebrige alles Boschaff, und hat der ander Mann in stehender Ehe Land zugekauft, das gehöret auch mit dazu argumento cap. 6 art. 4, 5, 6 lib. 1 Lowbuchs, solches Alles theilen der Stiefvater, die drei Söhne erster Ehe drei, die zwei Söhne ander Ehe zwei und die erste und letzte Tochter zusammen ein Theil arg. ex cap. 6 art. 2 und behält also, Exempelsweise zu reden, der Vater nur die siebente Kuh im Stalle; hat er aber anfänglich Land zugebracht oder in stehender Ehe eingeerbet oder ihm ist ein beweglich Gut angestorben, das nimmt er vor aller Theilung zum voraus, cap. 17 lib. 1 Lowbuchs, und so daran gezweifelt wird, schweret er mit Kiöns Eiden, daß er das oder soviel eingebracht hat. Dies Alles wirket die ausdrückliche und stillschweigende Gemeinschaft zum gemeinen Gewinn oder Schaden in allen beweglichen Gütern und zugekauften Lande, so in Frankreich ein acquest, in diesem Rechte Boschaff genannt wird, ohne Unterschied wieviel oder wenig der eine oder ander anfänglich gehabt und eingebracht hat, und hat der Stiefvater sich selbst den Schaden beizumessen, daß er zu der Frau und Kindern in die gemeinen Güter hineingefahren und sie zuvor nicht absondern und abtheilen lassen. Ein gleiches Recht ist auch mit der Frau, wenn der ander Mann vor ihr hinstirbt, das ist in allem Boschaff, das ist, wie oft gemeldt, in den beweglichen Gütern und zugekauften Lande, kriegt ein Kindestheil und nimmt darneben ihr zugebrachtes und eingeerbtes Land und zufällig beweglich Erbe zum voraus.

C. Cap. 36. Von Testamenten, daß die im Jütschen Lowbuch nicht gelten.

Im ersten Cap. dieses Tractats habe ich gesagt, daß nach dem gemeinen Kaiserrecht die Erbfolge gehe entweder nach dem Testament, das ist nach des Verstorbenen letzten Willen und Verordnung, oder nach dem beschriebenen Recht, und daß jene in dem Jütschen Lowbuch oder Landrecht nicht Statt habe. Nachdem ich dann in den vorhergehenden 35 Cap. von dem Erbgang nach dem Jütschen Recht gehandelt habe, so will ich in diesem 36. Cap. mit gedachtem Lowbuch und etzlichen Königl. und Fürstl. Präjudicaten und Urtheilen erweisen und darthun, daß in diesem Fürstenthum Schleswig die Testamente nicht gelten, dergestalt daß jemand durch einig Beforderung oder Stiftung seine Güter den nächsten Blutsfreunden, die ihn nach diesem Rechte erben sollen, nicht entziehen und Andern zuwenden möge.

Erstlich haben wir einen klaren Text in dem 22 cap. lib. 1 Lowb., dessen Ueberschrift lautet: De Vader mag sick allene Kinder wehlen. Die alten dänischen Exemplare haben: Fader ene (idest pater solus) mo sig barn gøre. Canutus episc. solus pater potest puerum in filium recipere. Folgt der Text: ...... Das ist, es mag sich Niemand andere Freunde zu Erben und Erbnehmer seiner Güter erwehlen, ohne allein der Vater, der mag nun nach dem vorhergehenden 21 cap. seinen Slegfredbarn, das ist sein natürlich Kind, so er mit einer Beischläferin gezeuget hat, zu Erbe und Geschlechte einberufen und ihm geben so viel er will, und dies Kind, das der Vater also erwehlet und annimmt, das mag niemand verwerfen oder von dem Erbe verstoßen und abbringen, hergegen so mag auch niemand einen Mann nöthigen, das er seinen Bastart und natürliches Kind oder andere vor Kinder oder andere vor Kinder oder Erben erwehle, das er nicht thun will, sondern seine rechte nächste Erben die mögen es wohl thun, daß er sie zu Erben und Erbnehmern seiner Güter annehme, und nicht fremde oder weitere in Grad mit Vorbeigehung

oder Auslassung des nächsten Geblüts zu Kinder oder Erben kiese.

Weiters und fürs ander soll die Erwehlung und Einberufung zum Erbe, imgleichen alle Gaben auf den Todesfall in gehegt Dinge und vor offenem Gerichte geschehen, immaßen aus besagtem 21, 22 und dem 25, 32 cap. lib. 1 und dem 43, 44 cap. lib. 3 Lowb. zu sehen, und sagen diese textus, daß der nächsten Erben ja und Willen soll dazu kommen.

Dann zum 3ten ist einmal gewiß und aus den gedachten capitula, item cap. 37, 38, 43 lib. 1 zu ersehen, daß die Eigenthume der unbeweglichen Güter anders nicht, dann durch die Verschötung, das ist durch eine gerichtliche feierliche Auflassung, Tradition und Ueberlieferung können von dem einen auf den andern gebracht werden und daß man ein Dingswinde darüber muß nehmen.

Zum Vierten will das Lowbuch durchaus eine Gleichheit unter den Erben haben, darum steht in dem 14 cap. lib. 1 de Vader mag sinen Kindern nichts under de Hände geben, dewile dat he unde de Moder leven, gift he averst dem einen wat under de Hände, dat kan he dem andern nicht verweigern.

Zum 5. habe ich in dem vorgehenden 35 cap. dieses tractatus das 26 cap. lib. 1 gründlich erkläret, wenn gleich ein Mann seine Güter dem Kloster oder andern Männern zur Verwisserung einräumt mit der Verordnung, daß sie nach seinem Tode seine Schulden davon bezahlen sollen, oder, wie der Canut episc. in dem lateinischen Text sagt, si exponat omnia bona in testamento suo ut exinde salvantur debita sua, so können doch nicht desto weniger seine nächsten Freunde sich seines nachgelassenen Erbes annehmen; nehmen sie sich aber dessen nicht an, so hat erst das Kloster Recht und Macht dazu (tunc solvant illi quibus bona commissa sunt).

Zum 6. ist noch ein klarer Text in dem 23 cap. lib. 1 Lowb., de sik fletfören will (das ist der um einen ziemlichen und ehrlichen Unterhalt willen sich mit seinen Gütern zu einem andern flötten und führen will) de schal sik erst mit alle sinem Gude und Gelde dat he hefft, synen negesten Fründen,

de em erven schollen tho Rechte (oder ut textus in act. 1 up dem Dinge) anbeden, deit he dat nicht, mögen se em deelen tho siner eigen Freiheit edder tho sik Sülven, vide cap. seq. 37 h. tractatus, woraus erfolgt 1) daß Keiner sein Erb oder Güter einem Fremden geben kann, 2) daß die Auflassung vor Gericht geschehen soll, 3) daß die nächsten Erben es durch ihre Einsage zurücktheilen und hintertreiben können, 4) daß nicht dazu hilft, wenn gleich der fremde arrogator oder Annehmer das Gut cum causa remuneratoria seu onerosa annehmen und dem fletföhrer einen ziemlichen freien Unterhalt die Tage seines Lebens davor reichen wolle. Zum

7) kann man auch das 43 und 44 cap. lib. 1 Lowb. utiliter hieher ziehen, daß der Mann weder seiner Frau, noch die Frau dem Mann sie haben Kinder mit einander oder keine, nichts kann geben, verschoten und gerichtlich auflassen, es sei denn der Nächsten ja und Will dazu kommen. Endlich und zum

8) ist kein einiges cap. in dem ganzen Jütschen Landrecht, das von Testamenten und deren Ordnung, Form und Stücken etwas redet, ohn allein von Seelgiften, das ist von milden Gaben zu Klostern, Kirchen, Hospitalen, cap. 39 lib. 1 und cap. 45, 46 lib. 3. So ist auch dies Fürstenthum Schleswig unter dem Römischen Reich nicht belegen und gebraucht sich der gemeinen Keiserrechten nicht, sondern ist nur auf das Jütsche Lowbuch oder Rechtbuch und alten Landesgebräuche gewidmet, Landesgerichtsordnung part. 2 tit. 2 et 3.

Folgen nun 2 König und Fürstl. Präjudicate, so Anno 1557 und 1617 in contradictorio judicio gesprochen, die andern so zwischen Anno 1604 und 1638 erkannt, will ich der Kürze halber vorbeigehen.

In Sachen Johann Rantzowen und Kay Rantzowen, Brüder und Klägere eins, und Benedicts von Ahlefeldt, Beklagten andern Theils, betreffend ob das Testament, so durch die ehrbare Frau Drude von Ahlefeldt seel. hinterlassen, zu Rechte bündig oder unbündig sein soll, Erkennen wir Christian der 3te und Johann und Adolph, Gebrüdere, zu Recht, dieweil im Dänischen Recht übl. versehen, daß niemand zu Nachtheil

und Schaden der nehesten Erben, ohne Beisein und Bewilligung derselben, Testament machen und aufrichten solle, und aber durch das eingelegte Testament klärl. befunden, daß Benedictus von Ahlefeldten Sohn bei Aufrichtung gedachten Testaments nicht gewesen, viel weniger darin gewilliget, auch daß berührtes Testament in seiner wesentlichen Form mangelhaft, so soll das gedachte Testament zu Recht unbündig und hiemit gänzltch aufgehoben und Benedict von Ahlefeldt, als dem natürlichen Sohn und Erben, an gedachten Erbfall seiner Mutter hinterlassenen Gütern unschädlich sein und bleiben. Urkundl. mit Unseren Königl. und Frl. Secreten besiegelt. Actum Flensburg d. letzten April 1557.

In Sachen Kühne von H. Kl. an einem entgegen und wider Josua von B., Claus Pogwisch zu Schleswig und Marquard Appelgard zu Ploen in Kriegischer Vormundschaft Dorothea Appelgard, wegen dessen daß dieselbige dem Kläger seiner seel. Hausfrau ihnen zugesagten Brautschatz und Nachlaß wider deren aufgerichtetes und allhie producirtes Testament, darin sie Kläger nebst seinen von ihm erzeugten Sohn eingesetzet, vorenthalten und nicht folgen lassen wollen, Bekl. am andern Dehl, Erkennen wir Christian der Vierte und Wir Friederich 2c. samt unsere beisitzenden resp. Statthalter und Räthen, allen der Parten schrift- und mündlichen Fürbringen nach hiemit für Recht, daß Beklagtin von dem verstorben Nachlaß, soviel dessen in diesem Herzogthum Schleswig, darin kein Testament gültig, vorhanden, den halben Theil nach Lowbuchs Recht dem Kläger ohne Entgeld folgen zu lassen schuldig, gestalt sie auch hiemit schuldig dazu ertheilt wird, den andern halben Theil betreffend, welcher auf den verstorben Sohn vermöge besagten Lowbuchs vererbet, ist gestalten Sachen nach dieser Bescheid: Wird Kläger der Beklagten Begehr zufolge diesfals hie in diesem Fürstenthum genugsam Versicherung rem pupilli saluam fore thun und bestellen, daß er damit gehört und auf den Fall ihm auch derselbe Theil zu seiner Administration, in Verbleibung dessen aber, solcher Theil bei der Beklagtin, des pupilli Großmutter, und in deren Verwaltung,

wofern sie solche Caution und Versicherung ihrem Erbieten nach bestellen wird, verbleiben und gelassen werden solle. V. R. W. Publicatum unter Unserm Königl. und Fürstl. zum Gerichte verordneten Secreten. In Unser Herzog Friederichen Stadt Schleswig den 26 September 1617.

Der Fall war dieser, Kühne von Hürner von Adel, wohnhaft zu Prenßlow in der Mark Brandenburg, freyet zu Schleswig Frl. Dorothea Appelgard mit 6000 Thlr. Brautschatz, so ihr väterlich patrimonium war, er konnte aber derselbigen nicht mächtig werden, weil er dieser Fürstenthümer Gebrauch nach vorerst Bürgen vor den Wiederfall des Brautschatzes stellen sollte, er zeuget aber mit ihr einen einigen Sohn, danach stirbt sie zu Prenßlow im Römischen Reich, macht vorher ein Testament und setzet ihren Mann und das Kind zu gleichen Theilen zu Erben ein. Ob nun wohl im Kaiserrechte versehen, quod testamentum secundum leges vel statuta alicujus loci factum extendat se ad resubicumque sitas, so hat doch der Kläger, als er actione testamenti agirt und darauf auf die 3000 Thlr. geklagt, damit nicht gehört werden können, sondern es ist dasselbe verworfen und nach Landrecht erkannt, als wenn die seel. Frau Anna Appelgarden ganz kein Testament nachgelassen, und weil im 6 cap. art. 2 lib. 1 Lowbuchs versehen, haben Eheleute Kinder zusammen und stirbt die Mutter, so erbet der Vater in der Frauen Lande soviel als das beste Kind und also nimmt auch der Vater in allem bewegl. Gute, so ist erkannt, daß Kläger von den 6000 Thlr. die Hälfte ab intestato haben und der übrige Theil dem Kinde verbleiben sollte, und hat also nach Landrecht erlangt, was er durch das Testament suchte, das Urtheil ist ohne Zweifel gefallen nach obangezogene textus des Jütschen Lowbuchs und nach Landesgebrauch, secundum quae prohibita est testamentorum factio in his terris. Dagegen ist ein nichtig Entschuldigung, als wenn im Lowbuch keine ausdrückliche Texte, dadurch die Testamente verboten, zu finden wären, denn die obenangedeutete Texte bezeugen ein viel anders, so der günstige Leser bei sich ferner erwägen kann. Zudem sind dieselben bei 100 Jahr hero von König zu Königen,

von Fürsten zu Fürsten und in Dero hohe Landgerichten dahin verstanden, interpretirt und erkläret worden, daß Allen und Jeden einigen letzten Willen zu stiften und darin den nächsten Erben die Güter zu entziehen und andern zuzuwenden durchaus verboten und was kann klärlicher gesagt werden, als was in obgedachten andere præjudicata und König und Frl. Landgerichts Urtheil pro causa decisionis steht, daß in diesem Fürstenthum Schleswig kein Testamente gültig. So haben auch Ihre Königl. Maytt. selbst in einem Schreiben vom 10 Juni des 1638 Jahres an J. F. G. zu Gottorff sich gnädigst erkläret mit diesen Worten: So haben Wir anderweit nicht umhin gekonnt selbiges E. F. L. nochmalen in freund- vätter und vetterlichen Wohlmeinung zu remonstriren, zweifeln auch nicht, alldieweil wir billig allerseits über dasjenige, was Loh- und Landrecht mit sich bringt, beständiglich halten, E. F. L. werden sich hierin Uns nicht entziehen, sondern gleich wie wir in Unser Jurisdiction in solchen Fällen kein testamentarische oder auf einigen künftigen Todesfall gewidmete dispositiones gelten lassen, also auch ihres Orts gleichmäßige Beobachtung tragen. Nachdem denn in der Königl. Jurisdiction des Fürstenthums Schleswig, item in Jütland, Wensüßel, Fühnen und anderen Orten, so auf das Lowbuch gewidmet, wegen der obangezogenen Texten und daraus geflossenen beständigen Interpretation, Gebrauchs und übrig keine testamenta gelten, warum können und sollen sie denn in der Fürstl. Jurisdiction und Hoheit Statt haben?

Als auch der Landvoigt, Kämmerer und Richter auf Fehmarn d. 4ten Novbr. Anno 1634 zu Landkirchen nachfolgendes Urtheil abgesprochen: In Sachen Jürgen Marquarts, als Marcus Evers, Bürgern in Lübeck, itzigen Hausfrau Gevollmächtigern, Kläger, contra Hans Pentziern nachgelassene instit, institutirte und eingesetzte Erben, Beklagte, wegen des von besagten Seel. Hans Pentziern aufgerichteten und itzo producirten Testaments, ist von Landvoigt, Kämmerer und Richtern erkannt, daß soviel die auf Heiligenhafener Felde belegenen und vor 70 Mk. verkaufte 5 Schfl. Saat belangt, Bekl. selbige

Klägern nebenst denen Ernten von der Zeit, daß seel. Hans Pentzier gestorben, anzurechnen, ungesäumt entweder mit bahrem Gelde oder einer andern annehmlichen Handschrift zu bezahlen schuldig, in den übrigen testirten Posten aber es bei des testatoris Disposition in allen Clausulen, Punkten und Einhaltung sein Verbleiben haben solle, V. R. W. Pronunciatum Landkirchen unter des Landes Insiegel den 4. Novbr. 1637.

So haben J. F. G. solch Urtheil, weil davon appellirt, folgendergestalt reformiret und aufgehoben: In Sachen appellationis Jürgen Marquarts, Klägers und Appellaten, wider Jens Pentziere angegebene und instituirte Erben, Beklagte und Appellanten, in pte. streitig gemachten Testaments, Erkennen Wir Friederich, allen Fürbringen nach hiemit für Recht, daß das angezogene Testament oder letzter Wille weiland Hans Pentziers zu cassiren und aufzuheben, hingegen dessen Halbschwester als nächste Blutfr. nach üblichen Loh und Landrecht zu admittiren und zu einer Erbin solcher Verlassenschaft zuzulassen sei; Gestalt denn obberührter letzter Wille hiemit cassirt und vorbemeldten Hans Pentziers Halbschwester vor die nächste Erbin declarirt wird. Es sollen auch Appellaten schuldig sein, von dem, was sie aus der Erbschaft erhoben, ein eidlich Designation herauszugeben, und neben demselben das gehobene zu restituiren; dagegen aber wird dieser Post, wann Hans Pentzier seel. den Appellaten von seinen acquisitis bei lebendigem Leibe etwas zugewendet, geschenket und ausgeantwortet, auch solches Appellaten, wie sichs rechtswegen gebühret, erweisen werden, zu rechtlicher Erkenntniß ausgesetzet, sonsten aber, und als Appellant sich erboten, die legata ad pias causas abfolgen zu lassen, so ist weiter hiemit erkannt, daß er solchen Erbieten innerhalb 6 Wochen von dato ein völliges Genüge leisten soll. Die Unkosten aus bewegenden Ursachen compensirend und vergleichend. V. R. W. Publicatum Gottorff d. 6 Martij 1638.

D. Cap. 38. **Responsum über einen sonderbaren Erbfall, der sich unter dem Lowbuch begeben hat**[6]).

Der Mann zeuget mit der ersten Frauen 2 Söhne und eine Tochter, freyet nach ihrem Tode die ander Frau und führet sie zu sich und den 3 Kindern in die Gemeinschaft oder in die ungetheilte Güter nach dem Exempel des 6 cap. art. 5, 6, 7, lib. 1 Lowb. und bekommt mit ihr keine Leibeserben, die Tochter nimmt auch einen Mann und der wird in die Gemeinschaft genommen, sind also anfänglich 6 Personen in Samenden und gleichsam in einer geselligen Mascopey der Güter unter einem Dach, bei ein Feuerheerd und auf ein Kost und Bier, darnach sterben die 2 Söhne in der Gemeinschaft und folgendes die ander Frau, und ihre nächsten Freunde fordern das Erbe, ist die Frage, weil alhie nur 3 Personen, als der Vater, Tochter und Tochtermann, in der Gemeinschaft übergeblieben, wie die Theilung zwischen ihnen und der Frauen Freunden sei anzustellen. Denn es haben andere wollen vermeinen, als hätten die 2 Söhne ihr Erbe an die Gemeinschaft et ad corpus societatis und also an die 4 Personen, als Vater, Stiefmutter, Schwester und Schwestermann, verfället, gleichwie sonst in dem 16 cap. lib. 1 Lowb. versehen, wenn alle Schwester und Brüder leben, und es sind alle ihre Theile Erbes unter ihnen unabgetheilet; stirbt dann einer, so ist das, als wäre es nimmer geboren; auch sagt das 9 cap.: Sterbet ein Kind in der Gemenschop mit Vader und Moder, so ist dat als wäre idt nimmer gewesen. Hierum so wären der beiden verstorben Söhne ihr HoffvitLaad oder Erbtheil nirgends vor zu achten, sondern die Gemeinschaft in dem Stande zu theilen, wie die Zeit der Erbschichtung sei.

Aber 1) stehet in obgedachten 9 cap. lib. 1 act. 2 Stervet ein Kind, daß sine Moder vorhen verstorben were, so ervet de

---

6) Das Erkenntniß des Gerichts der Uggelharde über den hier besprochenen Fall ist in m. Schrift: Schleswigs Recht S. 219 mitgetheilt und unten wieder abgedruckt.

Vader dat Kind allein, idt sy denn von dem Vader afgedehlet edder nicht, und wenn idt schon mehr Süster und Bröder hadde, worauf erfolgt, wenn nach der Mutter Tod der Vater mit den Kindern, als etwa 6 oder 7, in ungetheilten Gütern besitzen bleibt juxta § 2 cap. 6 et art. 1 cap. 7 lib. 1 Lowb. und es stirbt ein von den Kindern, des sein Hoffvitlaad oder Erbtheil der mütterlichen Güter nicht verfällt an die Gemeinschaft, sondern an den Vater.

Zum 2) ist in dem 6 cap. § 5, 6, 7 lib. 1 Lowb. fast dergl. versehen, allwo die Stiefmutter, das Stiefkind und der Vater in gemeinen Gütern sitzen und Land zukaufen, stirbt dann das Stiefkind, so behält der Vater sein Hoffvitlaad, und verfällt nicht an die Gemeinschaft.

Zum 3) wenn nach dem 10 cap. lib. 1 Lowb. 4 Brüder haben ein Erbe zu theilen und sondern den einen Bruder von sich ab und die 3 übrigen bleiben bei ihnen zu gemeinem Schaden und Gewinn bei einander sitzen und es stirbt danach einer von ihnen, so verfällt sein Theil Erbes nicht an die Gemeinschaft der 2 übrigen Brüder, sondern zugleich mit an den 3ten Bruder und Utarving.

Zum 4) sagt das 17 cap. lib. 1 Lowb. hell und klar, kommt nicht Erbe gegen Erbe, so gehöret einem jeden sein Erbe voruth. Ergo so verfällt solches nicht in die Gemeinschaft, bevorab weil Niemand von den andern in der Gemeinschaft Erbe eingebracht hat, hierum so nimmt der Vater seiner 2 Söhne Hauptlott zum voraus, denn das 9 cap. sagt ausdrücklich, daß das Kind Erbe nachlasse, wenn es schon von dem Vater nicht abgetheilt ist. Denn es hatten die 2 Söhne ihre eigene mütterliche Güter bei dem Vater, als ihrem natürlichen Vormund, und nach dem 15ten Jahre ihres Alters konnten sie solches mit Rechte von ihm fordern, hierum so kann der Vater solches nach ihnen in der Gemeinschaft erben.

Zum 5) findet man im Lowbuch nur 2 Ursachen und Fundamente der Erbfolge, als das nächste Blut nach dem 4. und 5. cap. lib. 1 und zum andern den Ehestand, davon im

6 cap. lib. 1, aber daß der Erbgang komme aus der Gemeinschaft oder der geselligen Mascopey sive societate, das findet man noch in diesem noch in den gemeinen Kaiserrechten nicht.

Zum 6) ist auch wahr, daß die Stiefmutter fremd hineingekommen, also auch der Tochtermann, und der Verstorben ihr Blutfreund nicht sein, Schwiegerschaft aber fordert zum Erbe nicht.

Zum 7) Wenn der verstorben Kinder ihr Hoffvitlaad fällt zu der Gemeinschaft, aus was Grunde können dann der letzten Frauen ihre Freunde erben, weil noch 3 Personen, als der Vater, die Tochter und Tochtermann in der Gemeinschaft bei einander leben, die in diesem Fall näher als die andern wären. Was dagegen anbetrifft das obangezogene 16 cap. lib. 1 Lowb., redet dasselbe, wann Schwestern und Brüder ein gemein Erbe haben, es sitze gleich nur der eine oder ander mit seinem Leibe darein, stirbt dann einer von ihnen, so erben ihn die andern alle, denn sie sind ihm gleich nahe gesipt, und das Jütsche Low fordert sie zugleich zu ihres Bruders Erbe, welches im andern Fall so nicht ist; wollen sie dann 2 Theilung machen, die eine nach dem Vater und die andere nach dem Bruder, oder beide Erbschaften confundiren, in ein gehen lassen und es dafür halten, als wäre der Verstorbene nimmer gewesen, das stehet ihnen frei.

Anlangend das obgedachte cap. 9 lib. 1 Lowb. in art. 1, solches komt ganz nicht bei diesem Fall, sondern ist zu verstehen, wann das Kind jung und in der Eltern Brod ist, kein eigen Gütlein hat und stirbt, wie täglich geschieht, so ist das als wäre es nimmer geboren. Ist aber das Kind bei ihnen auf ein Kost und Bier und hat einiges Gütlein und stirbt, so fällt es zurück in der Eltern Gemeinschaft und in das Samende, also auch wann sich der Sohn von den Eltern abgesondert hat, nimmt ein Weib, treibt Handtirung, wird reich und stirbt laut des 12 cap. des tractatus, das aber Alles ist in diesem Fall nicht, und dort leben die Eltern beide in der Gemeinschaft beisammen, hier ist die Mutter todt, item hier haben die beiden Söhne ihr eigen mütterlich Erbe und Gut, dort nicht, derowegen das 9 cap. hieher wohl übel applicirt wird.

So ist demnach diese streitige Gemeinschaft nach Hauptzahl also zu theilen, der Mann nimmt ein Theil vor sein Hoffvitlaad und 2 Theil vor seine verstorbene Söhne, das vierte Theil nimt die Tochter, das 5te ihr Ehemann und das 6te der Frauen Freunde, und bekomt also der Vater das halbe Gut. Diese Theilung besteht 1) in der Boschaff, das ist in allen beweglichen Erbgütern, zum 2) in den Gebäuden, als Haus, Scheunen, Ställen, bevorab wann die von ihnen in der Gemeinschaft gebauet oder erkauft sind juxta § 1 cap. 6 lib. 1, zum 3) in dem Lande, so sie in wehrender Gemeinschaft zugekauft. Von diesen allen bekommen der Frauen Freunde einen 6ten Theil. Was aber ein jeder anfänglich an Lande zugebracht oder in werender Gemeinschaft eingeerbet hat, das nimmt er wieder zum voraus und komt nicht in die Theilung. Begiebt sich aber der Fall anders und also, daß die 2 Söhne vorher sterben, ehe die Frau ander Ehe oder ihr Stieftochter Mann in die Gemeinschaft kommt und die Frau geht danach mit Tode ab, und der Mann soll theilen mit ihren Freunden, so werden der 2 ihr Lott nicht gerechnet und der Vater nimmt die nicht zum voraus, denn diese 2 Sohnstheile sind des Vaters Gut, Erb und Eigenthum schon vorhin geworden, ehe die Frau ander Ehe oder der Tochtermann mit seinen Gütern zu ihm in der Gemeinschaft kam, und der Vater hatte die nicht vorher abgesondert, sondern wie seine andere Güter mit in das Samende gehen lassen, darum ist ein Unterschied, ob der Mann das beweglich Erbe vor der Gemeinschaft schon gehabt, denn alsdann wird es der andern Boschaff gleich gerechnet und gehet mit in die Theilung, oder ob ihm von seinen Kindern oder sonsten in wehrender Gemeinschaft ein beweglich Gut anstirbt, denn so nimmt er das zum voraus [7].

---

[7]) In dem nachfolgenden Erkenntnisse des Gerichts der Uggelharde vom 5ten April 1638 über den in obigem responsum behandelten Fall ist das Gemeingut in 3 Theile getheilt zwischen dem Vater, der Tochter und den Erben der Frau; dabei ist nämlich 1) vorausgesetzt, daß der Schwiegersohn nicht in die Gemeinschaft aufgenommen war, weshalb er nur sein Eingebrachtes herausnimmt; 2) gegen Blüting angenommen, daß die

5.

1638 April 5. In Sachen .. der Erben ... ctr. A. T. und seinen Schwiegersohn T. T., itzige Besitzer des Guts, der Verstorbenen Verlassenschaft betreffend, erkennen Hardesvogt und Stockneffninge, demnach C. A. ohne Leibeserben gestorben und sie nebst ihrem nachlebenden Ehemann und dessen Kinder in Gemeinschaft gelebt und itzo Vater, Tochter und die klagenden Erben, wie auch der Schwager wegen seiner angegebenen eingebrachten 400 Mk. in Rechtfertigung gerathen, daß der Schwager lohlich erhalten soll, daß er 400 Mark in das Gut gebracht und demselben zum Besten angewandt worden, auf welchen Fall er dieselben vorausnehmen soll, der Tochter Erbschaft nach ihrer Großmutter belangend soll ihr dieselbe gleichergestalt aus den vollen Gütern gefolget, und was alsdan frei übrig, in 3 gleiche Theile zwischen dem Vater und den Klägern gelegt und getheilt werden.

Antheile der verstorbenen Söhne nicht an den Vater vererbt, sondern in der Gemeinschaft geblieben waren, indem keine Utarvinge vorhanden waren. Vergl. Abschn. 7 bei Anm. 11 und 12.

Druckfehler.

S. 11 Z. 7 v. u. statt admittuntus l. admittuntur
„ 12 „ 8 v. u. „ succesorem l. successorem
„ 24 „ 10 v. o. „ zugegeben l. zuzugeben
„ 29 „ 13 v. o. „ ausgenommen l. ausgenommenen
„ 36 „ 13 v. o. „ Erkenntniß l. Erkenntnisse
„ 47 „ 4 v. u. „ 5. l. s.
„ 58 „ 1 v. o. „ Dritter l. Zweiter
„ 67 „ 4 v. o. „ ihre l. ihres
„ 68 „ 8 v. u. fallen die Worte si terra vel weg.
„ 69 „ 10 v. o. statt Bejugniß l. Befugniß
„ 76 „ 1 v. o „ Vierter l. Dritter
„ 78 „ 20 v. o. „ Schulden l. Schuldner
„ 93 „ 8 v. u. ist nach Substanz nach hinzuzufügen.
„ 96 „ 7 v. u. statt derselben l. denselben
„ 98 „ 1 v. o. „ Fünfter l. Vierter
„ 99 „ 13 v. u. ist vor gerichtlich gewöhnlich ausgefallen.
„ 103 „ 13 v. u. statt Proclamation l. Protocollation
„ 113 „ 1 v. o. „ Sechster l. Fünfter
„ 118 „ 9 v. o. „ errichteter l. erreichter
„ 134 „ 1 v. o. „ Siebenter l. Sechster
„ 134 „ 5 fehlen nach „die Veranlassung“ die Worte „zu der Auflösung“
„ 143 „ 7 v. o. statt würde l. würden
„ 150 „ 1 v. o. „ Achter l. Siebenter
„ 156 „ 11 v. o. „ schreitende l. schreitenden
„ 156 „ 3 v. u. „ S. l. B.
„ 171 „ 5 v. o. ist nach auch jetzt ausgefallen.
„ 175 „ 1 v. o. statt Neunter l. Achter
„ 188 „ 1 v. o. „ Zehnter l. Neunter.

Werne